Studien

zur Vorbereitung einer gründlichen Auslegung und richtigen Anwendung

des

Criminalgesetzbuches

für das Königreich Sachsen

vom Jahre 1838

von

D. August Otto Krug,
Königl. Sächs. Appellationsrathe zu Zwickau.

Erste Abtheilung

vorzugsweise den allgemeinen Theil des Criminalgesetzbuches betreffend.

Leipzig 1838
bei Friedr. Chr. Wilh. Vogel.

17 C

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Leipzig, gedruckt bei Wilh. Vogel, Sohn.

Vorrede.

Der Verfasser hat bei seinen Studien immer gefunden, daß es das beste Mittel sei, mit einem Gegenstande vertraut zu werden, wenn man über denselben schreibt. Dieses Mittel hat er daher auch bei dem Studium des Criminalgesetzbuches angewendet, zu welchem ihn so Beruf als Neigung schon vor der Publication desselben veranlaßten. So sind die Grundzüge zu den Abhandlungen entstanden, deren erste Abtheilung er hiermit dem Publicum übergiebt, in der Hoffnung, daß sie Manches enthalten, was auch

Anderen bei dem Studium des Criminalgesetzbuches zu Statten kommen könne.

Eine zweite Abtheilung soll baldigst nachfolgen. Sie wird sich über die in der Praxis am meisten vorkommenden Verbrechen des speciellen Theiles verbreiten, jedoch mit Ausnahme der fleischlichen Verbrechen, für welche der treffliche Commentar von Wächter über das Gesetz vom 8. Februar 1834 seinen unverringerten Werth behalten hat.

Mancher dürfte wohl der Ansicht sein, daß der Verfasser erst hätte abwarten sollen, wie sich die Anwendung des Criminalgesetzbuches in der Praxis gestalte. Dies würde vielleicht richtig sein, wenn der Verfasser einen vollständigen Commentar zu dem Gesetzbuche zu liefern beabsichtigt hätte. Seine Absicht ging aber nur dahin, zusammenzustellen, was man mit Einem Blicke

übersehen muß, in dem Gesetzbuche aber zerstreut findet; unbegründeten Zweifeln und Bedenken zuvorzukommen, und begründete durch Interpretation zu beseitigen; mit einem Worte, das Studium des Criminalgesetzbuches zu fördern. Das Studium muß aber der Anwendung vorausgehen, wenn diese eine gründliche sein soll; denn bei der Beurtheilung des einzelen Falles hat man oft weder Unbefangenheit noch Muße genug, um die einschlagenden Bestimmungen des Gesetzbuches in ihrem ganzen Zusammenhange zu prüfen und zu verarbeiten.

Ob nun der Verfasser jene Absicht erreicht habe, das muß er der Beurtheilung Sachverständiger überlassen. Er kann nicht erwarten, überall das Rechte getroffen zu haben. Auch in solchen Fällen aber wird ihm die Genugthuung bleiben, Anlaß und

Gelegenheit zu näherer Prüfung und zur Berichtigung irrthümlicher Ansichten gegeben zu haben.

Die verdienstlichen Werke des Herrn Domherrn D. Günther und des Herrn Geh. Justizrath D. Groff sind, so weit es der bereits vorgeschrittene Druck erlaubte, benutzt und berücksichtigt worden.

Zwickau, im Juni 1838.

Der Verfasser.

Inhalt.

I. Ueber die Auslegung des Criminalgesetzbuches im Allgemeinen . . . . S. 1

II. Von der Strafschärfung

1) Begriff der Strafschärfung . . . . . . = 12

2) Schärfungsmittel und Schärfungsgründe . . = 20

III. Von Geldstrafen . . . . = 26

IV. Von der Dauer der Freiheitsstrafen. . . . = 35

V. Von der Bestrafung des Versuchs . . . . . = 50

VI. Vom dolus indirectus . . . . = 54

VII. Von der Bestrafung culposer Verbrechen . = 59

VIII. Von der Theilnahme am Verbrechen . = 64

IX. Von der Concurrenz der Verbrechen . . . = 87

X. Von der Werthsermittelung bei Eigenthumsverbrechen . . . . = 105

XI. Vom Rückfalle

1) Begriff des Rückfalls . . . . S. 110

2) Strafen des Rückfalls . . . . = 116

XII. Von Milderungsgründen . . . . = 125

XIII. Von den Gründen, welche die Strafbarkeit ausschließen, oder tilgen

1) im Allgemeinen . . . . = 133

2) insbesondere von der Verjährung . . . . = 143

XIV. Nachträge . . . . = 147

I.

Ueber die Auslegung des Criminalgesetzbuches im Allgemeinen.

(Zu Art. 1.)

Um zu einer gründlichen Auslegung und richtigen Anwendung des Gesetzbuches zu gelangen, ist es vor Allem nothwendig, zu untersuchen, welche Bestimmungen das Gesetzbuch selbst hierüber enthalte. Dergleichen finden sich in dem vielbesprochenen Art. 1 [1]), der aber selbst mehrfach einer Auslegung bedarf.

Zuvörderst fragt es sich, was unter der Bezeichnung: „den Worten und dem Sinne nach" zu verstehn sei. Hier gewähren nun die Landtagsverhandlungen einigen Aufschluß. Im Entwurfe des Gesetzbuches hieß es nehmlich statt obiger Worte: „ausdrücklich, oder nach deren unverkennbarem Geist und Sinne," gegen welche Fassung von Hermann [2]) erinnert wurde, daß dadurch nicht nur die extensive Interpretation, sondern auch die analogische Anwendung der Sanctionen des Gesetz-

1) „Das gegenwärtige Gesetzbuch findet Anwendung auf solche Handlungen und Unterlassungen, welche in den Bestimmungen desselben den Worten, oder dem Sinne nach mit Strafe bedroht sind."

2) Zur Beurtheilung des Entwurfs eines C.G.B. für das K.R. Sachsen, Leipzig 1836. S. 14 f. Vgl auch Abegg Beitr. zur Kritik des würtemb. Entw. S. 19 und des sächsischen S. 10 und Mittermaier im N. Archiv d. C.R. 1836. S. 410 ff.

buches auf ähnliche Fälle gestattet sei. Diese Bemerkung hatte offenbar die Deputation der ersten Kammer im Sinne, wenn sie in ihrem Berichte (S. 36) die Vertauschung der Fassung des Entwurfs mit der des Gesetzbuches beantragte, „weil durch jene der Richter nicht bloß auf die logische Interpretation (Erforschung des Sinnes des Gesetzgebers), sondern auch auf die Analogie anderer Fälle verwiesen werde." Dagegen fand die Deputation der zweiten Kammer (S. 35 ihres Berichtes) sowohl die extensive Interpretation, als die Rechtsanalogie, auf welche das Wort „Geist" hinweise, bedenklich.

In den Kammern fanden diese Ansichten vielfachen Anklang, indem man davon ausging, daß die Analogie ein zu trügliches Beweismittel sei, um dem Richter deren unbedingte Anwendung zu gestatten; daß sich dadurch der Richter für ermächtigt halten könnte, Handlungen, deren Bestrafung gar nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen habe, zu Verbrechen zu stempeln; daß endlich das Wort „Geist" für das Volk nicht verständlich sei.

Von Seiten der Regierung wurde darauf erwiedert, es sei gar nicht davon die Rede, daß der Richter Fälle, die im Gesetz nicht enthalten seien, um der bloßen Aehnlichkeit willen unter dasselbe subsumiren solle; vielmehr nur davon, daß Handlungen nicht ungestraft blieben, die der Gesetzgeber habe bestraft wissen wollen. Der Richter solle daher stets die wahre Absicht des Gesetzgebers erforschen. Dazu bedürfe er der Analogie, allein sie genüge nicht, sondern es müsse der Richter auch in den Geist des Gesetzes eindringen, und danach beurtheilen, ob der Gesetzgeber einen ähnlichen, aber im Gesetz nicht ausdrücklich benannten Fall habe bestraft wissen wollen.

Andrerseits solle aber auch nicht ein Raisonnement, das lediglich auf den Geist des Gesetzes — auf die demselben zum Grunde liegenden allgemeinen Principien — gestützt sei (die Rechtsanalogie), zur Bestrafung eines darin nicht genannten Falles genügen, sondern es müsse sich die analogische Anwendung stets an eine specielle Bestimmung des Gesetzbuches (Gesetzanalogie) anlehnen.

Nachdem nun der Referent in der ersten Kammer erklärt hatte, daß man dem Worte „Sinn" in der Deputation stets die von der Regierung angegebene Bedeutung untergelegt habe, und hierauf der Minister der Justiz sowohl in der ersten als in der zweiten Kammer die vorgeschlagene Fassung in der Voraussetzung, daß dadurch die Gesetzanalogie nicht ausgeschlossen werde, genehmigt hatte, wurde dieselbe ohne weitere Widersprüche oder Erinnerungen Seiten der Kammern angenommen [1]).

Nach diesem geschichtlichen Hergange scheint nun über folgende Punkte eine Vereinbarung zwischen den Ständen und der Regierung vorhanden zu sein.

1) Die Interpretation einer ihrer Wortfassung nach zweideutigen Stelle des Gesetzbuches wollte man keineswegs beschränken. Dies beweisen die Gründe, von denen man bei der Discussion ausging, und die gewählten Ausdrücke: „dem Worte oder dem Sinne nach". Hier hat also der Richter stets nach dem wahren Sinne des Gesetzes, oder, was dasselbe ist, nach der wahren Absicht des Gesetzgebers zu entscheiden, und zu deren Erforschung sich aller Mittel, welche die wissenschaftlichen Grundsätze

1) Mittheilungen über die Verhandlungen des Landtags v. J. 1836—1837 S. 257 ff. 1785 ff.

über logische Auslegung gestatten, zu bedienen. Auch die Analogie ist dabei nicht ausgeschlossen. Hierbei hat aber der Richter zuvörderst zu untersuchen, ob sich specielle Bestimmungen in dem Gesetzbuche finden, welche auf die zu erklärende Stelle analogisch angewendet werden können (Gesetzanalogie), finden sich aber dergleichen nicht, so ist er auch zu einem Schlusse aus den allgemeinen Principien der Gesetzgebung (Rechtsanalogie [1])) berechtigt. Bei beiden aber, der Gesetzanalogie sowohl als der Rechtsanalogie, soll er sich nicht bei einer oberflächlichen Aehnlichkeit der Fälle beruhigen, sondern in den Geist der Gesetzgebung, d. h. in die leitenden Ideen, Gründe und Absichten des Gesetzgebers einzudringen suchen. Geht nun aus diesen Erwägungen die Absicht des Gesetzgebers, der Sinn des Gesetzes, unzweifelhaft hervor, so kann und muß der Richter in Gemäßheit dieser Absicht auch dann entscheiden, wenn dies dem Inculpaten zum Nachtheile gereicht (extensive Interpretation [2])), bleibt aber die Absicht des Gesetzgebers zweifelhaft, so entscheidet der Grundsatz: **in dubio pro mitiori.**

Ein Beispiel wird diese Sätze erläutern. Im Art. 61 no. 1 (Rückfall im weiteren Sinne. S. unten Abh.

---

1) Ich brauche dieses Wort so, wie es (nach Mittermaier im N. Arch. d. Crim. Rechts Bd. 1 S. 506 und Jahrg. 1836 S. 411 f. vgl. auch zu Feuerbach §. 75 a) in den Kammerverhandlungen gebraucht wurde, ohne mich jedoch dadurch für dessen Einführung, als eines terminus technicus erklären zu wollen, da es mit etwas Unklares zu haben scheint.

2) So muß der Begriff der extens. Interpr. im Criminalrechte gefaßt werden. Formell kann dieselbe freilich bisweilen als restrictive Int. sich darstellen, z. B. bei der Erklärung von Bestimmungen über Milderungs= und Strafausschließungsgründe.

XI) wird derjenige mit einer Strafschärfung bedroht, der, nachdem er bereits mehrmals wegen Verbrechen bestraft worden, ein neues Verbrechen begeht, das nicht unter den Begriff des Rückfalls (im engeren Sinne des Art. 58) fällt. Das Wort bestraft ist an sich zweideutig. Der Sprachgebrauch bedient sich desselben ebensowohl für die Zuerkennung, als für die Vollziehung einer Strafe. Wollte nun der Richter hier bloß aus den allgemeinen Grundsätzen, welche den Gesetzgeber geleitet haben (Rechtsanalogie im obigen Sinne), auf dessen Absicht schließen, so würde er sich auf die gemeinrechtlichen Theorien, an welche sich das Gesetzbuch überall möglichst anschließt, verwiesen finden. Freilich würde sich aber dieser Anhalt hier als sehr trüglich zeigen. Der Eine würde aus dem Princip des Rückfalls argumentiren, und so schließen: Wenn der Gesetzgeber den Rückfall mit erhöheten Strafen bedroht, so legt er offenbar darauf ein Gewicht, daß die früheren Strafen nichts gefruchtet haben. Nun kann aber eine Strafe nichts fruchten, wenn sie nicht vollzogen worden ist. Ja, selbst wenn die Strafe dem Verbrecher nur theilweise erlassen wurde, oder er sich derselben durch Flucht entzog, kann sie die gewünschten Früchte nicht tragen, denn sie wird dann den Verbrecher nur in der Hoffnung bestärken, daß man es auch künftig nicht so genau nehmen werde, oder daß es ihm auch künftig gelingen werde, seine Wächter zu täuschen. Dieser Richter wird also bei der Anwendung des Art. 61 volle Verbüßung der früheren Strafen verlangen. Ein Anderer, zu größerer Strenge geneigt, wird sagen: Auch ohne erfolgte Verbüßung der Strafe beweist der Rückfall eine größere Verhärtung des Verbrechers, zumal

wenn er bereits zur Untersuchung gezogen und zu Strafe verurtheilt, hierdurch aber gewarnt worden ist. Ward ihm die Strafe erlassen, so kommt noch Undank hinzu, entzog er sich derselben durch Flucht, so kann ihm diese seine unerlaubte Handlung nicht zum Vortheile gereichen, vielmehr wird er dadurch nur noch strafbarer. Dieser Richter hält sich also für ermächtigt, die Schärfungen des Art. 61 anzuwenden, wenn nur wegen der früheren Verbrechen ein Straferkenntniß publicirt worden ist [1]).

Auf ganz andre Resultate führt aber die Gesetzanalogie. Wir haben nehmlich im Art. 58 eine specielle Bestimmung über einen ganz ähnlichen Fall, den Rückfall im engeren Sinne, welcher sich zu dem Art. 61 bezeichneten Falle wie die Species zum Genus verhält. Hiernach treten aber die Strafen des Rückfalls ein, wenn der Verbrecher die frühere Strafe wenigstens theilweise, oder durch erfolgte Begnadigung eine geringere Strafe verbüßt hat, und es fragt sich mithin nur noch, ob die analoge Anwendung dieser Bestimmung zur Erklärung des Wortes „bestraft" im Art. 61 mit dem Geiste des Gesetzes im Einklang stehe. Dies dürfte sich aber wohl behaupten lassen, wenn man erwägt, daß die Frage, was unter dem Worte „bestraft" zu verstehn sei, schon im bisherigen Rechte äußerst streitig war [2]), und diese Streitfrage einer gesetzlichen Entscheidung bedurfte. Namentlich kam diese Streitfrage auch bisher schon beim Rückfalle zur Sprache. Ist es nun

---

1) Vgl. Allg. Strafgesetz, d. Verg. gegen d. Gess. und Verordn. üb. indir. Abg. betr. v. 21. Decbr. 1833. §. 7.

2) S. criminalist. Jahrb. Bd. 1. H. 2. S. 210. H. 3. S. 368.

Pflicht des Gesetzgebers, die ihm bekannten Streitfragen möglichst abzuschneiden, eine Pflicht, welche auch der Verfasser des Criminalgesetzbuches nach den Motiven zum Entwurfe desselben (S. 83) erkannt, und deren Erfüllung er sich zur Aufgabe gestellt hat, so wird man wohl annehmen können, daß er durch die bei dem Rückfalle getroffnen Bestimmungen das Wort „bestraft" habe erklären wollen. Man wird dasselbe also auch im Art. 61 auf dieselbe Weise, wie im Art. 58 erklären müssen, wenn gleich diese Erklärung für den Inculpaten nachtheiliger ist, als wenigstens die eine der nach dem Wortsinne möglichen Auslegungen. Wen dagegen diese Ausführung nicht überzeugt, der wird in dubio pro mitiori entscheiden.

Anders verhält es sich dagegen

2) mit der analogen Anwendung einer an sich klaren Bestimmung des Gesetzbuches auf in demselben nicht enthaltene Fälle. Eine solche wäre es z. B., wenn man die Bestimmungen des Art. 146 (Ueberlassung von Kindern unter 14 Jahren an Gaukler und dergleichen Personen) auf Blödsinnige von höherem Alter anwenden wollte, deren sich Possenreißer zuweilen bedienen, um durch ihre ungereimten Handlungen das Publikum zu belustigen; oder den Art. 161 (Unzucht mit Kindern unter 14 Jahren) auf ältere Personen, die aber in ihrer körperlichen und geistigen Entwickelung so zurückgeblieben sind, daß sie als Kinder gelten müssen [1]), wogegen es nur

---

1) Ueber eine ähnliche analogische Auslegung im Civilrechte s. Joh. Ad. Seuffert rechtswiss. Abhandl. Erlangen 1837. no. V.

zur interpretatio extensiva gehört, wenn man den Art. 126 (die Strafbarkeit der Mutter betreffend, welche ihr uneheliches neugebornes Kind „um's Leben bringt"), dem bisherigen gesetzlichen Sprachgebrauche zuwider [1]), auch auf absichtliche tödtliche Verwahrlosung ausdehnt, oder die Strafe des Mordes nach Art. 121 auf den im Gesetzbuche nicht speciell erwähnten Fall der const. 6. P. IV. von 1572 anwendet.

Auch bei der analogischen Anwendung des Gesetzbuches soll es nun nach Obigem auf die Absicht des Gesetzgebers ankommen. Es muß aber hier der Natur der Sache nach das Wort Absicht in einer anderen Bedeutung genommen werden, als im Falle der extensiven Interpretation einer zweideutigen Bestimmung [2]). Es kann nehmlich hier nicht die Frage sein, was sich der Gesetzgeber bei den von ihm gewählten Worten gedacht, was er damit habe sagen wollen, denn dies kann, wo die Worte klar sind, nicht zweifelhaft sein. Die Frage kann vielmehr nur die sein, was der Gesetzgeber bestimmt haben würde, wenn er an den fraglichen, durch die Worte des Gesetzes ausgeschlossenen Fall gedacht hätte, und namentlich, ob er denselben mit Strafe bedroht haben würde. Bei der Beantwortung dieser Frage ist nun ein Raisonnement aus den allgemeinen Principien der Gesetzgebung (Rechtsanalogie) ausgeschlossen. Wäre da-

---

1) Das Mandat von 1744 setzt „Ertödtung" und „tödtliche Verwahrlosung mit Vorsatz" einander entgegen.

2) Der Begriff der Interpretation setzt eigentlich allemal eine vorhandene Zweideutigkeit voraus. Indeß kann die analogische Ausdehnung einer an sich klaren einzelnen Stelle auf der Interpretation einer anderen Stelle allgemeineren Inhaltes beruhen.

her z. B. Thierquälerei nicht ausdrücklich als ein strafbares Vergehen genannt, so würde deren Bestrafung, weil etwa der Gesetzgeber das Gebiet der Sittlichkeit im Allgemeinen in sein Bereich gezogen habe, und Thierquälerei eben so unsittlich sei, als viele andre in dem Gesetzbuche genannte Handlungen, schon formell ganz unzulässig sein. Dagegen soll Gesetzanalogie auch hier Anwendung finden, wenn deren Resultat mit dem Geiste des Gesetzes übereinstimmt. Es würde also dem Richter an sich nicht der Vorwurf gemacht werden können, seine Befugnisse überschritten zu haben, wenn er sich eine Ausdehnung der Artt. 146 und 161 in der obangegebenen Maaße erlaubte, dafern er nur aus dem Geiste des Gesetzes zu deduciren vermöchte, daß diese Ausdehnung der Absicht des Gesetzgebers entspreche. Wie mißlich indeß alle Deductionen der Art seien, beweisen unter Anderem die Kammerverhandlungen über die Frage, ob die Bestimmungen des Art. 187 (Art. 176 des Entwurfs), über den leichtsinnigen Eid, auch auf denjenigen anzuwenden seien, der eine *wahre* Thatsache ohne hinreichende Wissenschaft von derselben beeidet [1]).

Es bedarf indeß schließlich noch einer Erörterung, ob obige Beschränkungen in der Anwendung des Gesetzbuches auch dann gelten, wenn es sich von der analogischen Ausdehnung einer verschärfenden Bestimmung des Gesetzbuches auf in demselben *benannte* Verbrechen, oder von analogischer Anwendung eines *Milderungs-* oder *Strafausschließungsgrundes* handelt.

---

1) S. 683 f. 752 f. der Mittheilungen.

Art. 1 geht an sich seiner Wortfassung nach nur auf solche Fälle, die in dem Gesetzbuche gar nicht genannt sind, und auch bei den Kammerverhandlungen hat man stets an dergleichen delicta innominata gedacht. Indeß dürfte wohl bei dem Art. 1 selbst eine analogische Ausdehnung auf in dem Gesetz benannte Fälle am Orte sein. Denn die Unterscheidung der einzelnen Verbrechen beruht nirgends auf logischer Nothwendigkeit, sondern auf herkömmlicher Bezeichnung und zweckmäßiger Anordnung. Im Grunde genommen constituirt jede Handlung, die mit einer besonderen Strafe bedroht ist, und jede Form einer Handlung, für welche eine besondere Strafe festgesetzt ist, ein besonderes Verbrechen. Eine besondere Strafe ist es aber auch, wenn die auf ein gewisses Verbrechen gesetzte Strafe in einem gewissen Falle in einem erhöheten Maaße oder mit Schärfung zur Anwendung kommen soll. Aus diesem Gesichtspunkte dürfte es sich z. B. füglich bezweifeln lassen, ob die Bestimmungen des Art. 240 über den Rückfall beim Diebstahle auch auf gleichartige Verbrechen auszudehnen, und daher z. B. der wiederholte Rückfall beim Betruge, bei der Veruntrauung, ebenfalls als ein besonders ausgezeichnetes Verbrechen zu betrachten sei, da er als solches im Gesetzbuche nicht ausdrücklich benannt ist.

Daß dagegen die analogische Anwendung des Gesetzes bei Milderungs- und Strafausschließungsgründen durch obige Beschränkungen nicht betroffen werde, ergiebt sich daraus, daß man, wie die Kammerverhandlungen deutlich zeigen, dieselben überall nur zum Schutze des Inculpaten gegen richterliche Willkür für nöthig gefunden hat.

So unterliegt es z. B. keinem Zweifel, daß dasjenige, was Art. 65 über das außergerichtliche Geständniß der Theilnehmer an einem Diebstahle bestimmt, auch auf diejenigen auszudehnen sei, die sich freiwillig bei dem Gerichte angeben, obgleich dieser Fall durch die Worte des alleg. Artikels nicht mit betroffen wird. Denn das außergerichtliche Geständniß soll in diesem Fall nur die ernstliche Reue beweisen. Diese beweist aber derjenige, der sich freiwillig bei Gericht meldet, noch deutlicher, als derjenige, der gegen den Bestohlenen ein außergerichtliches Geständniß ablegt. Eben so wenig wird jemand bezweifeln, daß bei den Bestimmungen der Art. 218, 219, 220 über die Bigamie nach dem Sinne des Gesetzes und nach Analogie von Art. 32 ein criminalrechtlicher dolus voraus zu setzen sei, obwohl in den Worten dies nicht liegt, und Art. 29 des Entwurfs, welcher nach der Fassung der ersten Kammer ausdrücklich festsetzen sollte, daß ohne dolus oder culpa keine Bestrafung eintreten könne, hinweggefallen ist.

II.

Von der Strafschärfung.

(Zu Art. 8, 12, 48, 58, 61, 62, 133, 226, 270, 290.)

I. Begriff der Strafschärfung.

Wenn im gemeinen Rechte darüber gestritten wird, ob dem Richter ein Strafschärfungsrecht zustehe, oder nicht, so versteht man unter Strafschärfung eine im Gesetze nicht angedrohte Erschwerung der auf ein gewisses Verbrechen gesetzten Strafe wegen (die Schuld) erschwerender Umstände. Den Gegensatz davon bildet das Strafmilderungsrecht. Die Vertheidiger dieser Rechte setzen voraus, daß der Gesetzgeber bei Festsetzung einer bestimmten Strafe weder die schwersten noch die gelindesten Formen des fraglichen Verbrechens im Auge gehabt habe, sondern die mittleren und gewöhnlichen; und wie nun die Strafmilderung in der Herabsetzung der ordentlichen Strafe durch Verkürzung ihrer Dauer oder durch Substituirung einer milderen Strafart besteht, so versteht man unter Strafschärfung das Gegentheil hiervon, nehmlich Verlängerung der ordentlichen Strafe, oder Verwandlung derselben in eine härtere Strafart [1]). Es giebt zwar im gemeinen Rechte noch eine andere Art der Strafschärfung, welche die P. G. O. Art. 124, 137 durch

---

1) Vgl. Wächter Lehrb. Th. 1. S. 212 ff. Abegg Lehrb. S. 228 ff. Hermann a. a. O. S. 127.

„Mehrung" der Strafe bezeichnet, und welche in der Hinzufügung gewisser Uebel besteht, die regelmäßig nicht als für sich bestehende Strafen, sondern nur als Schärfungsmittel anderer Strafen vorkommen, wie z. B. Schleifung zur Richtstätte, Radflechten, Zangenrisse, Pranger und dergleichen. Allein an diese Art der Strafschärfung wird von den Lehrern des gemeinen Rechts, wenn von Strafschärfung im Allgemeinen die Rede ist, in der Regel nicht gedacht, weil diese Schärfungen ohne besondere Androhung nicht leicht zur Anwendung gebracht werden. Der Fall nun, bei welchem die meisten Rechtslehrer eine Strafschärfung in dem obangegebenen Sinne gestatten, ist der der Concurrenz der Verbrechen, bei welcher unter gewissen Voraussetzungen, die jedoch von verschiedenen Rechtslehrern verschieden angegeben werden, auf die Strafe des schwersten der concurrirenden Verbrechen mit einer Schärfung zu erkennen sei, wiewohl hierin wiederum Mehrere, weil eigentlich die verwirkten Strafen der sämmtlichen concurrirenden Verbrechen neben einander zu verbüßen sein würden, keine wirkliche Strafschärfung, sondern vielmehr eine Strafmilderung erblicken, und so diesen Schärfungsfall mit dem von ihnen vertheidigten Satze, daß Strafschärfung ohne specielle Androhung unzulässig sei, zu vereinbaren suchen. Auch bei der Concurrenz der Verbrechen denkt man aber nicht an jene verschärfenden Zusätze, welche die P. G. O. Mehrung der Strafe nennt, sondern vielmehr an Erhöhung der Strafe, wie denn insonderheit die neuesten Gesetzentwürfe für Würtemberg Art. 108, 109 und Baden Art. 144, 145 hier ausdrücklich eine Erhöhung der Strafe vorschreiben.

Es entsteht nun die Frage, was unser Gesetzbuch unter Strafschärfung verstehe, und diese Frage wird wichtig, wenn dasselbe anordnet, daß eine Schärfung eintreten solle, ohne die Art dieser Schärfung näher zu bestimmen, wie dies im Art. 62 bei den wegen jugendlichen Alters an die Stelle der Todes- und Zuchthausstrafe tretenden Arbeitshaus- und Gefängnißstrafen, und im Art. 48 bei der ideellen Concurrenz der Verbrechen der Fall ist.

So viel ist nun zuvörderst gewiß, daß bei einem geschlossenen vollständigen Gesetzbuche, und bei einem solchen, welches, mit Ausnahme der Fälle, welche ohnehin keine Strafschärfung zulassen [1]), nur relativ bestimmte Strafen enthält, von einem richterlichen Strafschärfungsrechte ohne gesetzliche Androhung nicht die Rede sein könne, was auch die meisten neueren Gesetzgebungen ausdrücklich festsetzen [2]). Dieser Satz gilt ohne Zweifel auch für Sachsen [3]).

Daher können erschwerende Umstände, welche im Gesetze gar nicht genannt sind, nur als Strafzumessungsgründe innerhalb des gesetzlichen Strafmaaßes, womit das fragliche Verbrechen sowohl für seine leichteren, als für seine schwereren Formen bedroht ist, berücksichtigt wer-

---

1) Todes- und lebenslängliche Zuchthausstrafe kann nicht geschärft werden. Motive S. 86 und Art. 8 am Ende.

2) Hannov. Entwurf Art. 48—51, 96. Würtemb. Entw. v. 1835. Art. 101, 106. Badischer Entwurf Art. 129 ff. 139 ff.

3) Eine ausdrückliche Bestimmung der Art findet sich zwar nicht, indeß liegt jener Satz indirect schon in der Bestimmung des Art. 42.

den. Eine Ueberschreitung dieses Maaßes, oder die Hinzufügung eines in der Androhung nicht begriffenen Uebels kann nur in Folge besonderer Androhung stattfinden. Selbst daß ein erschwerender Umstand von dem Gesetze als solcher anerkannt und bezeichnet ist, kann an sich noch nicht zur Ueberschreitung des Strafmaaßes berechtigen. Denn von einigen erschwerenden Umständen sagt das Gesetz ausdrücklich, daß sie nur innerhalb des Strafmaaßes als solche gelten sollen. So ist es nach Art. 226 ein „Erschwerungsgrund innerhalb des Strafmaaßes," wenn der Diebstahl an den daselbst genannten Gegenständen verübt worden ist; so wird ferner Art. 232 der gewerbmäßige Betrieb des Stehlens als „Erschwerungsgrund innerhalb des Strafmaaßes," und Art. 254 die fälschliche Annahme eines Amtstitels, um einen Betrug zu verüben, als „erschwerender Umstand, wodurch die Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafmaaßes gesteigert werde," genannt. Steht es nun hiernach fest, daß das Gesetz als Erschwerungsgründe auch solche Umstände bezeichnet, welche nur innerhalb des Strafmaaßes in Betracht kommen, so wird man hierbei auch da stehn bleiben müssen, wo bloß gesagt ist, daß etwas „als erschwerender Umstand" als „Erschwerungsgrund" in Betracht kommen solle. Diese Ausdrucksweise findet sich in Art. 235 und 290, und bei dem letzteren Artikel ergiebt sich die Richtigkeit obiger Interpretation noch insbesondere durch die Vergleichung mit Art. 226, wo dieselben Umstände, welche nach Art. 290 die muthwillige Beschädigung des Eigenthums „erschweren" sollen, beim Diebstahle ausdrücklich als erschwerende Umstände infra maximum bezeichnet werden.

Diese Berücksichtigung eines erschwerenden Umstandes infra maximum könnte man nun allenfalls, wenn man von dem medium als dem gewöhnlichen Strafmaaße ausgeht, auch als eine Art Strafschärfung betrachten, und der hannoversche Entwurf bedient sich dieser Bezeichnung wirklich (Art. 114, 115). Allein in unserem Gesetzbuche kommt das Wort Schärfung in diesem Sinne, was gewiß sehr zu billigen ist, nirgends vor. In jedem Falle bezeichnet es hier einen Zusatz, welcher in der ursprünglichen Straf-Androhung für das fragliche Verbrechen an und für sich nicht mit enthalten ist.

Dieser Zusatz kann nun auch nach dem sächsischen Strafgesetzbuche bestehen

a) in Verlängerung oder Vergrößerung der Strafe,

b) in dem Uebergange auf eine höhere Strafart,

c) in der Hinzufügung eines der im Art. 8 und 12 genannten Zusätze, welche als selbständige Strafe regelmäßig nicht vorkommen, sondern nur zur Strafschärfung benutzt werden.

Von allen diesen verschiedenen Arten der Strafschärfung finden sich Beispiele im Strafgesetzbuche, es fragt sich aber, welche derselben gemeint sei, wenn das Gesetz, wie in den bereits oben angeführten beiden Artikeln, von „Schärfung" der Strafe ohne nähere Bezeichnung redet.

Der Sprachgebrauch des Gesetzbuches ist in der Anwendung dieses Wortes nicht ganz consequent. Meistens wird es allerdings in Verbindung mit den Art. 8 und 12 genannten besonderen Schärfungsmitteln gebraucht (Art. 58, 61, 133, 226, 240), während da, wo von einer

Straferhöhung die Rede ist, in der Regel dieser oder ähnliche Ausdrücke angewendet werden (Art. 159, 160, 161, 200, 217, 229, 299, 314).

Allein bisweilen kommt das Wort Schärfung auch da vor, wo bloß von Erhöhung der Strafe, oder doch auch von Erhöhung der Strafe die Rede ist. So ist Art. 58 überschrieben: „Schärfung verwirkter Strafen wegen Rückfalls", und Art. 61: „Andere Schärfungsgründe", obgleich der Rückfall an sich eine Straferhöhung nach sich zieht, zu welcher nur bei wiederholtem Rückfalle noch die Art. 8, 12 genannten Schärfungsmittel hinzutreten können, und obgleich dem Art. 61 solche Artikel vorausgehen, in denen auch Straferhöhungen festgesetzt werden. Endlich heißt es Art. 160, die Strafe der Unzucht mit Personen in bewußtlosem Zustande könne, wenn die im vorhergehenden Artikel erwähnten Schärfungsgründe eintreten, auf sechs- bis zehnjährige Zuchthausstrafe ersten Grades erhöht werden. Hierin liegt aber indirect der Ausspruch, daß die Verlängerung der Zuchthausstrafe eine Schärfung enthalte.

Eine nähere Betrachtung lehrt jedoch, daß hier das Wort Schärfung in einer weiteren, uneigentlichen Bedeutung genommen sei, und daß es in seiner engeren und eigentlichen, daher zu präsumirenden Bedeutung auf die Art. 8 und 12 genannten Schärfungsmittel zurückweise.

Wo nehmlich eine Strafschärfung (im weitesten Sinne) überhaupt nur in Folge bestimmter gesetzlicher Androhung erfolgen kann, und wo das Maaß der in

hypothesi zu erkennenden Strafe regelmäßig mehr oder weniger dem Ermessen des Richters anheim gegeben ist, da verliert die Straferhöhung fast ganz den Charakter der Strafschärfung. Denn man kann dann diejenige Form des Verbrechens, welche mit einer erhöheten Strafe bedroht ist, eben so gut als ein ausgezeichnetes Verbrechen, oder auch als ein ganz besonderes, für sich bestehendes Verbrechen betrachten. Wäre dem Gesetzgeber daran gelegen, einen festen Unterschied zwischen ausgezeichneten Verbrechen und Straferhöhung zu machen (was in mancher Beziehung nicht unwichtig wäre), so könnte er dies dadurch bewirken, daß er sich im ersteren Falle einer ganz selbständigen Strafdrohung bediente, ohne sich dabei auf eine andere bereits festgesetzte Strafdrohung zu beziehn, im Falle der Straferhöhung aber die Strafe lediglich durch Beziehung auf eine andere Strafe bestimmte. Allein der sächsische Gesetzgeber hat diesen Unterschied nicht festgehalten. Bei den meisten der im Art. 227 ff. als „ausgezeichnet" hervorgehobenen Diebstähle findet sich die Strafe nur durch Zurückbeziehung auf die Strafen des einfachen Diebstahles bestimmt; und doch wird niemand sagen, daß in allen diesen Fällen eine Strafschärfung eintrete. Bei einem Strafsysteme, wie das des Gesetzbuches, muß der Begriff der Strafschärfung sich nothwendig auf die Hinzufügung solcher Zusätze zur Strafe beschränken, die eben nur zur Verschärfung einer anderweiten Strafe bestimmt sind. Bei ihnen tritt der Charakter der Schärfung auch besonders noch dadurch hervor, daß sie auch zu dem niedrigsten Grade der gesetzlichen Strafe hinzutreten können, und mithin auch da, wo ihre Hinzufügung vorge-

schrieben ist, den Spielraum des richterlichen Ermessens auf ungewöhnliche Weise erweitern.

Dies bestätigt sich nun, wenn wir die beiden obangeführten Artikel, wo das Wort Schärfung ohne weiteren Zusatz vorkommt, näher in's Auge fassen.

Wenn Art. 62 festsetzt, daß die bei jugendlichem Alter an die Stelle der Todes- und Zuchthausstrafe tretende Arbeitshaus- und Gefängnißstrafe auch geschärft werden könne, so kann damit weder Verlängerung noch Uebergehen in die höhere Strafart gemeint sein, da letztere durch das Verbot, auf Zuchthausstrafe zu erkennen, ausdrücklich ausgeschlossen ist, eine Verlängerung aber ein maximum der angedrohten Strafe voraussetzen würde, welches wenigstens im Art. 62 nicht ausgedrückt ist. Allerdings ist ein solches Maximum nach Art. 17 durch die gesetzliche Beschränkung der Arbeitshausstrafe auf 10 Jahre und der Gefängnißstrafe auf 3 Monate gegeben. Daß aber dieses Maximum nach Art. 62 überschritten werden könne, und dies durch die Worte: die Arbeitshaus- und Gefängnißstrafe könne **geschärft** werden, habe ausgedrückt werden sollen, liegt zu entfernt, als daß diese Annahme einer besonderen Widerlegung bedürfte.

Zweifelhafter könnte die Sache bei Art. 48 erscheinen, zumal nach gemeinem Rechte und mehreren neueren Gesetzgebungen auch bei der ideellen Concurrenz eine Erhöhung der poena major stattfinden soll. Allein daß auch hier lediglich an die Art. 8 und 12 genannten Strafschärfungsmittel zu denken sei, ergiebt sich 1) durch Vergleichung des hannoverschen Gesetzentwurfs

von 1830, welchen der Verfasser unseres Gesetzes bei diesem Artikel offenbar vor Augen gehabt hat [1]); denn auch dieser läßt im Art. 105 bei ideeller Concurrenz „Schärfung" der poena major eintreten, verweist aber dabei ausdrücklich auf Art. 96, wo nur von den schärfenden Zusätzen der verschiedenen Strafarten, nicht aber von Straferhöhung die Rede ist; 2) durch Vergleichung von Art. 61 unseres Gesetzbuches, wo die nach Art. 48 eintretende „Schärfung" der Strafe den im Art. 61 selbst enthaltenen Schärfungsfällen an die Seite gesetzt wird, bei diesen aber ausdrücklich auf Art. 8 und 12 verwiesen ist. Es kommt hinzu, daß Schärfung in diesem engeren Sinne in Vergleich mit der Erhöhung der Strafe das Mildere ist, mithin schon der Grundsatz in dubio pro mitiori für obige Auslegung um so gewisser entscheidet, da die bisherige sächsische Praxis die ideelle Concurrenz nicht einmal als einen Strafzumessungsgrund infra maximum gelten lassen wollte [2]).

2. Schärfungsmittel und Schärfungsfälle.

Als Schärfungsmittel nennt das Gesetz

1. bei allen Freiheitsstrafen hartes Lager und Hungerkost (Art. 8, 12);

---

1) Vgl. auch die Motive S. 83 am Ende. Der Art. 105 des hannov. Entw. lautet: Wenn ein Verbrecher durch eine und dieselbe Handlung zugleich mehrere Verbrechen von gleicher oder verschiedener Art begangen hat, so soll die Strafe der schwersten Uebertretung, mit einer Schärfung derselben (Art. 96), zur Anwendung gebracht werden.

2) Vgl. criminalist. Jahrbücher Bd. 1. H. 2. S. 201.

2. bei der Zuchthausstrafe außerdem Dunkelarrest und körperliche Züchtigung (Art. 8);
(3. beim Verweise Zuziehung der betheiligten Personen, Art. 16).

Hartes Lager kann nicht auf weniger als 10 Tage und nicht auf mehr als 30 Tage, Hungerkost nicht auf mehr als drei Monate erkannt werden (Art. 30). Bei beiden Schärfungen findet jedoch die Beschränkung statt, daß sie ununterbrochen nicht länger als zwei Tage hintereinander zur Anwendung kommen können. Da es offenbar härter ist, wenn diese Schärfungen je zwei Tage hintereinander angewendet werden, als wenn dies einen Tag um den anderen geschieht, so wird in dem Urthel jedesmal zu bestimmen sein, ob das eine oder das andere stattfinden solle, und ist dies nicht geschehn, so wird die Schärfung einen Tag um den anderen vorzunehmen sein. Wie viel Tage zwischen den einzelen Tagen des Fastens und des harten Lagers mitten inne liegen sollen, ist nicht bestimmt. Es wird daher genügen, wenn ein freier Tag dazwischen liegt, jedoch steht auch nichts im Wege, die Strafschärfung auf eine längere Zeit zu vertheilen, und also z. B. dieselbe alle 8 Tage, oder bei längeren Strafen alle Jahre (etwa am Jahrestage des Verbrechens) wiederkehren zu lassen. Nur bei dem harten Lager scheint hierin das ausgesprochene Minimum von 10 Tagen eine Beschränkung in der Art zu begründen, daß wenigstens 10 Tage, abgesehn von den gesetzlichen Unterbrechungen, hintereinander verbüßt werden müssen, daß also diese Strafschärfung nur auf 3 Portionen von jedesmal 10 Tagen vertheilt werden könne.

Dunkelarrest soll nie auf kürzere Zeit als 20 Tage und nie auf längere als 30 Tage erkannt, und stets ununterbrochen exequirt werden, weil man von einer kürzeren Dauer keinen Eindruck erwartet und eine längere für der Gesundheit nachtheilig hält. Es fragt sich aber, ob bei längerer Strafdauer auf wiederholte Anwendung 20 — 30tägigen Dunkelarrests erkannt werden dürfe, was z. B. der hannoversche Entwurf gestattet. Die Fassung des Art. 8 scheint dagegen zu sprechen. Da indeß nach richterlichem Ermessen mehrere der angegebnen Strafschärfungen verbunden werden können, so scheint, zumal wenn die körperliche Beschaffenheit des Sträflings keine andere Schärfung gestatten sollte, auch die wiederholte, jedoch höchstens dreifache Anwendung einer derselben sich vertheidigen zu lassen.

Körperliche Züchtigung leidet nur auf männliche Verbrecher Anwendung, deren Körperbeschaffenheit sie gestattet. In letzterer Beziehung wird daher der Untersuchungsrichter bei der Einsendung von Untersuchungen, in denen es zu einer geschärften Zuchthausstrafe kommen kann, für die Beibringung eines ärztlichen Gutachtens zu sorgen haben [1]). Sie wird als Schärfung der Zuchthausstrafe, mit einer am Angriffe nicht über einen Viertelzoll starken Ruthe auf den mit dem Hemde bekleideten Rücken in der Strafanstalt vollstreckt, und kann nie in weniger als 30 und nicht in mehr als 90

---

1) Ueberhaupt wird ein solches Gutachten nothwendig sein, um den erkennenden Richter bei der Auswahl der Schärfungen zu leiten, wie nach Art. 7 auch der Untersuchungsrichter an ein solches gebunden ist.

Streichen bestehen. Doch ist nicht gesagt, daß die 30 Hiebe auf einmal applicirt werden müssen [1]).

Uebrigens kann niemals körperliche Züchtigung und hartes Lager mit einander verbunden werden.

Die Fälle nun, in denen obige Schärfungen zur Anwendung kommen, sind folgende:

1. Dunkelarrest, hartes Lager und Hungerkost sind stete Begleiter der Zuchthausstrafe 1sten Grades (Art. 7) in der Art, daß der Sträfling bei seiner Einlieferung nach der Wahl des Untersuchungsrichters, der, bevor er hierüber Beschluß faßt, das Gutachten eines Arztes in Betreff der Individualität des Verbrechers zu vernehmen hat, entweder mit Dunkelarrest auf 20 Tage ununterbrochen, oder mit hartem Lager, oder mit Entziehung warmer Kost, in den beiden letzteren Fällen auf 30 Tage mit der obgedachten Beschränkung, belegt wird. Auf diese Schärfung braucht daher in dem Urthel nicht besonders erkannt zu werden. Ist auf eines dieser Uebel, als Strafschärfung bereits in dem Urthel erkannt, so hat nach Art. 7 „der Untersuchungsrichter bei der ihm zustehenden Wahl darauf Rücksicht zu nehmen, daß das für jedes derselben vorgeschriebene höchste Maaß in keinem Falle überschritten, auch der Verbrecher neben der körperlichen Züchtigung nicht mit hartem Lager betroffen werde, vielmehr solchen Falls ganz oder theilweise ein anderes Uebel zu wählen.“ Hierin liegt nun, daß, wenn auch in dem Urthel bereits auf 2

---

1) Die übrigen Bestimmungen, welche nicht hierher gehören, s. Art. 23.

der compatiblen Schärfungen in ihrem höchsten Maaße erkannt ist, doch der Untersuchungsrichter denselben noch die dritte hinzufügen könne, ja müsse! Wo indeß das Ermessen des erkennenden Richters entscheidet, ob er überhaupt die Zuchthausstrafe schärfen wolle, da wird es auch in seiner Macht stehn, dafern die von ihm erkannte Schärfung bereits das nach Art. 7 vorgeschriebene nothwendige Maaß überschreitet, die Hinzufügung einer ferneren Schärfung zu untersagen, daher z. B. auf Zuchthausstrafe 1sten Grades mit 30 Tagen Dunkelarrest zu erkennen, mit dem Zusatze, daß hierneben eine weitere Verschärfung nicht stattfinden solle.

Andere Schärfungsfälle sind:

2. die ideelle Concurrenz der Verbrechen nach Art. 48.
3. der wiederholte Rückfall im weiteren und engeren Sinne nach Art. 61, 58, 240.
4. die Verleitung der Complicen zur Theilnahme an dem fraglichen Verbrechen nach Art. 61.
5. der oben erwähnte Fall des Art. 62 (bei den wegen jugendlichen Alters an die Stelle der Todes- und Zuchthausstrafe tretenden Handarbeits- und Gefängnißstrafen [1])).
6. Thätlichkeiten gegen Ascendenten nach Art. 133.
7. Diebstahl an den Art. 226 genannten Gegenständen (vgl. auch §. 1 des Forststrafgesetzes) und
8. Beschädigung dieser Gegenstände nach Art. 290.
9. überhaupt jede Verletzung der Eigenthumsrechte aus

---

1) Hier kann übrigens auch Verwandlung in körperl. Züchtigung eintreten. Art. 22, 62.

Eigennutz, Rache, Bosheit oder Muthwillen nach Art. 12.

10. absichtliche Körperverletzung nach Art. 12.

11. der im §. 34 des Gesetzes über die Forstverbrechen unter e genannte Fall.

In den Fällen unter 2 — 4 und 6 können nach den Umständen alle Art. 8 und 12 genannten Verschärfungen eintreten, im Falle unter 5 nur die Art. 12 genannten. Unter den an sich zulässigen Schärfungsmitteln hat der Richter die Wahl, und kann auch mehrere derselben, jedoch mit der obgedachten Beschränkung hinsichtlich der körperlichen Züchtigung und des harten Lagers, verbinden.

In den Fällen unter 7, 8, 9, 10 und 11 findet nur Hungerkost als Verschärfung statt, und auch diese nur dann, wenn auf Gefängnißstrafe zu erkennen ist. Ist auf Arbeitshaus- oder Zuchthausstrafe zu erkennen, so kommen die hier einschlagenden Rücksichten nur als Zumessungsgründe infra maximum in Betracht. Außerdem kann aber in den Fällen unter 9 und 10, wenn der Verbrecher wegen desselben oder eines gleichartigen Verbrechens bereits zweimal Gefängniß- oder Arbeitshausstrafe erlitten hat, die ihm anderweit deshalb zuzuerkennende Gefängniß- oder Arbeitshausstrafe nach Art. 22 ganz oder theilweise in körperliche Züchtigung verwandelt werden.

Endlich liegt es in der Regel auch im Ermessen des Richters, ob er auf Schärfung erkennen will. Nur bei Thätlichkeiten gegen Ascendenten ist Strafschärfung vorgeschrieben.

III.

Von Geldstrafen.

(Zu Art. 15, 20, 21 u. a.)

„Geldstrafen sind nur in den Fällen zulässig" — sagt Art. 15 — „wo sie in diesem Gesetzbuche oder in späteren Gesetzen und Verordnungen allein, oder mit anderen Strafen zugleich oder wahlweise angeordnet sind." Hierbei ist zuvörderst zu bemerken, daß dadurch diejenigen Geldstrafen, welche in früheren polizeilichen Gesetzen, z. B. der Dorffeuerordnung, dem Mandate über die Sonntagsfeier u. a., angedroht sind, und bisher von den Verwaltungsbehörden zuerkannt wurden, nach der Publicationsverordnung unter II, e nicht für aufgehoben zu achten sind. Nur hinsichtlich derjenigen Polizeivergehungen muß hiervon eine Ausnahme gelten, welche ausdrücklich in das Criminalgesetzbuch aufgenommen und dadurch wohl der Cognition der Verwaltungsbehörden entzogen sind, wie z. B. Verletzung amtlicher Bekanntmachungen Art. 107, eigenmächtige Versammlungen der Gemeinden und Innungen Art. 117, Fälschung von Pässen und anderen Legitimationsurkunden zum Zwecke erleichterten Fortkommens Art. 250 [1]), unbefugte Ausübung öffentlicher Functionen Art. 267, unbefugtes Tragen von Schießgewehr Art. 275, Thierquälerei Art. 310.

---

1) Vgl. jedoch Verordn. v. 27. April 1838 (G. S. S. 376), no. IV.

Außerdem folgt aus obigem Satze, daß der Richter keineswegs in Fällen, wo kein Minimum der Strafe bestimmt ist (z. B. beim Versuch, der ungleichen Theilnahme und Begünstigung u. a.), auf Geldstrafe erkennen dürfe, wohl aber kann er in diesen Fällen bei sehr geringem Verschulden nach Art. 16 einen Verweis eintreten lassen.

Die Bestimmungen über Geldstrafen schließen sich in manchen ihrer Grundzüge an das bestehende Recht an, namentlich in Beobachtung der Regel, daß wegen Verbrechen aus Gewinnsucht nicht auf Geldstrafe zu erkennen sei. Anwendungen dieser Regel finden sich Art. 47, 245, 281, vgl. mit 280, 284, 320; Ausnahmen bei der Zurückbehaltung des Gefundenen, wenn dem Finder der Eigenthümer, oder eine öffentliche Auffoderung zur Rückgabe nicht bekannt wurde (Art. 241), beim Betruge durch fremde Handelsetiketten (Art. 252), bei der wissentlichen Ausgabe für ächt eingenommenen falschen Geldes (Art. 273), bei der widerrechtlichen Benutzung fremder Sachen (Art. 287), beim Wucher (Art. 293—97). Auch bei fleischlichen Vergehungen kommen Geldstrafen nicht vor.

Die im Gesetzbuche angedrohten Geldstrafen sind theils reine, theils alternative (wahlweise mit Gefängniß oder Handarbeit).

Mit reiner Geldstrafe sind bedroht:

1. die unbefugte Ausübung der Jagd in einem fremden Reviere, ohne Anmaßung des erlegten oder eingefangenen Wildes — bis 50 Rthlr. Art. 281.
2. der einfache Wucher — 10facher Betrag des zu viel Bedungenen oder Erhobenen. Art. 293.

3. Wucher, welcher durch Darangabe von Sachen statt baaren Geldes verübt wird — bis 100 Rthlr. Art. 295.
4. Theilnahme an wucherl. Geschäften als Unterhändler — bis 50 Rthlr. Art. 296.
5. Vernachlässigung der Amtspflicht — bis 50 Rthlr. (oder Verweis). Art. 311.
6. active Bestechung zur Erlangung von Aemtern oder Anstellungen — 4facher Werth des Gegebenen oder Versprochenen, und wenn dies keine Schätzung zuläßt, 10 bis 100 Rthlr. Art. 318.
7. Mißbrauch der Amtsgewalt und des öffentl. Vertrauens, — 10 bis 100 Rthlr. (nach Befinden Gefängniß bis zu 2 Jahren, welches unbedingt eintritt, wenn Gewinn beabsichtigt wurde). Art. 320 u. 321.

Bei den alternativen Geldstrafen ist die Regel befolgt, daß statt der in dem Gesetze angedrohten Gefängnißstrafe nur dann auf Geldstrafe erkannt werden dürfe, wenn erstere nicht über 6 Wochen ansteigt. Es finden sich indeß Ausnahmen von dieser Regel, und zwar theils solche, wo auch eine höhere Geldstrafe stattfinden kann, theils solche, wo schon bei einem minderen Grade der Strafe die Wahl wegfällt.

a) Ausnahmen der ersteren Art finden statt

1. bei der unterlassenen Anzeige eines beabsichtigten oder begangenen Verbrechens — bis 6 Monat (dafern nicht wegen concurrirender gewinnsüchtiger Absicht die Wahl überhaupt wegfällt). Art. 47.
2. bei culposer Gesundheitsverletzung — bis 2 Monat. Art. 138 (im höheren Grade nur auf Gefängniß oder Handarbeit).

3. bei Verbalinjurien — bis 3 Monat. Art. 198 b (bei Realinjurien geht es nach der Regel).
4. bei einfachem Betruge ohne gewinnsüchtige Absicht — bis 8 Wochen. Art. 245.
5. bei dem Betruge durch fremde Etiketten u. dgl. — bis 2 Monat. Art. 252.
6. bei der wissentlichen Ausgabe falschen, als echt eingenommenen Metall- oder Papiergeldes, oder dem gleichgeachteter Creditpapiere — bis 3 Monat. Artt. 273, 274.
7. bei der Beschädigung fremden Eigenthums ohne erschwerende Umstände — bis 2 Monat. Art. 288 (im höheren Grade findet keine Geldstrafe statt).
8. bei der Verletzung pflichtmäßiger Verschwiegenheit — bis 4 Monat. Art. 323.
9. bei unbefugtem Eindringen in fremde Geheimnisse — bis 4 Monat. Art. 324.

b) Ausnahmen der zweiten Art bilden

1. Bedrohung mit widerrechtlichen Handlungen nach Art. 170, welche nur dann mit Geld bestraft werden kann, wenn die Strafe nicht über 3 Wochen Gefängniß ansteigt, und
2. Vorenthaltung des Gefundenen unter den bereits oben erwähnten Verhältnissen, mit gleicher Beschränkung. Art. 241.

c) Außerdem kann bei folgenden Verbrechen alternative auf Geldstrafe erkannt werden:

1. Verletzung öffentlicher Verschlußmittel oder Bekanntmachungen. Art. 107.
2. Eigenmächtige Versammlungen der Gemeinden und Innungen. Art. 117.

3. Störung des Hausfriedens, wenn weder an Personen noch an Sachen Gewalt verübt worden. Art. 119.1.
4. Körperverletzung nach Art. 132, ohne die unter 2—5 genannten erschwerenden Umstände. Auch beim Eintritte der im Art. 133 genannten erschwerenden Umstände kann keine Geldstrafe eintreten, weil nothwendig auf Schärfung zu erkennen ist, diese aber eine Freiheitsstrafe voraussetzt.
5. Verstümmelung eines Einwilligenden, ohne die Absicht, ihn dadurch der Erfüllung einer bürgerlichen Pflicht zu entziehen. Art. 144.
6. Mißbrauch des Züchtigungsrechtes zu gesundheitnachtheiliger Einsperrung. Art. 156.
7. Aus Fahrlässigkeit begangene gemeingefährliche Handlungen. Art. 182.
8. Leichtsinniger Eid. Artt. 187, 188.
9. Verleumdung. Artt. 194, 195.
10. Realinjurien. Art. 198 a.
11. Selbsthülfe. Art. 204.
12. Unbefugte Ausübung öffentlicher Functionen. Art. 267.
13. Unbefugtes Tragen von Schießgewehr. Art. 275. (Hierüber Verlust des Gewehres.)
14. Verletzung von Grenzzeichen. Artt. 284, 285.
15. Widerrechtliche Benutzung einer fremden Sache. Art. 287.
16. Thierquälerei. Art. 310.
17. Wahrheitwidrige, nicht eidliche, Aussage vor einer öffentlichen Behörde. Art. 325.

In den Fällen des Art. 117 (Nr. 2), 144 (Nr. 5), 188 (Nr. 8, Widerruf eines leichtsinn. Eides),

195 (Nr. 9, Verbreitung eines ehrverletzenden, aber für wahr gehaltenen Gerüchtes), 204 (Nr. 11), 275 (Nr. 13), 287 (Nr. 15), 325 (Nr. 17) kann die Strafe überhaupt nicht über 6 Wochen Gefängniß ansteigen, in den übrigen genannten Fällen tritt die obige Regel ein. Hieran knüpft sich die Frage, ob es in diesen Fällen erlaubt sei, wenn z. B. die Strafe 3 Monat Gefängniß beträgt, 6 Wochen davon durch Gefängniß, und 6 Wochen durch Geld verbüßen zu lassen. Dies ist aber in dem Sinne des Gesetzes zu verneinen, denn der Grund der obigen Beschränkung der Geldstrafen ist [1]), daß die Verbrechen, bei denen sie vorkommt, in ihren schwereren Formen eine härtere Ahndung als durch Geldstrafe verdienen.

Bei alternativ angedrohten Strafen hat der Untersuchungsrichter die Wahl, ob er Geldstrafe, oder Gefängnißstrafe (oder Handarbeit) vollstrecken wolle, und er kann die erkannte Strafe auch theilweise auf die eine und die andere Art verbüßen lassen. Art. 20. Macht er das Erkenntniß selbst, so hat er darin die Strafart, welche er im vorliegenden Falle für die zweckmäßigste hält, sogleich zu bestimmen. Macht eine andere Spruchbehörde das Erkenntniß, so wird nur die Gefängnißstrafe bestimmt, mit dem Zusatze „oder verhältnißmäßige Geldstrafe (oder Handarbeit)." Die Wahl der Strafart steht auch hier dem Untersuchungsrichter zu, der sie jedoch dem Inculpaten sogleich bei der Urthelspublication mit bekannt zu machen hat.

---

1) Motive S. 88.

Der Untersuchungsrichter bestimmt auch nach den Vermögens- oder sonstigen Verhältnissen des zu Bestrafenden den Betrag der erwählten Gefängnißstrafe, welche sich nicht, wie bisher, bei allen Personen gleichbleibt, sondern von 8 Gr. bis 1 Rthlr. für einen Tag Gefängniß ansteigen kann. Daß dieser Betrag in dem Erkenntnisse selbst, oder rücksichtlich gleich bei dessen Publication festgestellt werde, ist nicht ausdrücklich vorgeschrieben, in einem Falle wird es aber nothwendig sein, ihn im Erkenntnisse zu bestimmen.

Gegen alle Personen nehmlich, welche in öffentlichen Aemtern stehen, oder in städtischen oder ländlichen Gemeinden communliche Ehrenämter bekleiden (Officiere der Communalgarde?), soll in allen Fällen, wo Geldstrafen alternativ zulässig sind, das Erkenntniß nur auf Geldstrafe gerichtet, und von dem erkennenden Richter die Summe nach den obigen Verhältnissen bestimmt werden. Macht in solchen Fällen der Untersuchungsrichter selbst das Erkenntniß, so wird dies keine Schwierigkeit haben, verschickt er aber die Acten (was namentlich in den oben unter a aufgeführten Fällen sogar nothwendig sein kann), so wird er dem erkennenden Richter in dem Berichte oder der Missiv das Verhältniß, nach welchem die Strafe zu bestimmen ist, an die Hand geben müssen.

Der Untersuchungsrichter kann die von ihm gewählte Strafart (also nicht die nach dem so eben Erwähnten kraft des Gesetzes erkannte Geldstrafe) auf Vorstellung des Verurtheilten auch in eine andere gleichstehende und gesetzlich zulässige (ganz oder zum Theil) verwandeln.

Nothwendig wird die Verwandlung einer erkannten Geldstrafe, auch wenn sie pure erkannt ist, in Gefängniß, oder rücksichtlich in Handarbeit (vgl. Art. 14), wenn dieselbe (Art. 21)

a) gegen Gemeinschuldner,
b) gegen unter Curatel stehende Verschwender erkannt ist, und wenn
c) der Verurtheilte die Geldstrafe zu erlegen unvermögend ist.

In ebendenselben Fällen ist mithin auch die Verwandlung einer erkannten oder erwählten Gefängnißstrafe in Geldstrafe unzulässig.

War bei der eintretenden Nothwendigkeit einer Verwandlung die Geldstrafe alternativ erkannt, so ist bei deren Rückverwandlung auf das im Urthel ausgesprochene Strafmaaß zurückzugehen.

War die Geldstrafe pure erkannt, so werden 16 Gr. Geldbuße einem Tage Gefängniß oder Handarbeit gleichgeachtet.

Es fragt sich, ob letzterer Maaßstab auch da eintrete, wo eigentlich alternativ zu erkennen gewesen wäre, wo aber wegen der im Art. 20 angegebenen persönlichen Verhältnisse, oder weil der Unterrichter das Erkenntniß selbst machte, pure auf Geld erkannt werden mußte? Es läßt sich nicht verkennen, daß dies leicht theils zu unverdienter Milde, theils zu unverdienter Härte führen kann, je nachdem nehmlich bei der ursprünglichen Bestimmung der Geldstrafe ein Betrag von weniger, oder von mehr als 16 Gr. einem Tage Gefängniß gleichgerechnet worden ist. Auf der andern Seite würde aber auch freilich in diesem Falle das Zurückgehn auf die Gefängnißstrafe, welche der Richter im Sinne gehabt

hat, seine sehr großen Schwierigkeiten und Bedenken haben. Für die bejahende Beantwortung obiger Frage sprechen 1. die Worte des Gesetzes; 2. der Entwurf des GB., welcher durchweg 16 Gr. Geld einem Tage Gefängniß gleich achtete und der Umstand, daß diese Summe grade die Mitte zwischen 8 Gr. und 1 Thlr. hält, und daher für die fraglichen Fälle einen Durchschnittsbetrag bietet; 3. hinsichtlich der Fälle des Art. 20 der Umstand, daß bei Personen, wo die Strafverwandlung nothwendig wird, der erkennende Richter wohl nicht leicht Veranlassung gehabt haben wird, den höchsten Satz von 1 Thlr. — — zum Grunde zu legen, sie müßten denn ihre Insolvenz dolose verschwiegen haben, wo sie sich über die in der Strafverwandlung liegende Härte nicht beschweren können. Wollte man die entgegengesetzte Ansicht annehmen, so müßten die von dem Unterrichter und nach Art. 20 zu erkennenden Geldstrafen jedesmal „statt so und so langer Gefängnißstrafe," wie ehedem Gefängnißstrafen „statt Landesverweisung" erkannt werden.

Außerdem fällt die Verwandlung einer alternativ angedrohten Gefängnißstrafe in Geldstrafe hinweg, wenn das fragliche Verbrechen mit anderen durch Zuchthaus- und Arbeitshausstrafe zu verbüßenden Verbrechen concurrirt, und also nach Art. 53 eine Verwandlung der Gefängnißstrafe in Arbeitshaus oder Zuchthausstrafe eintreten muß. Art. 55. Auch die im Art. 20 genannten Personen können in diesem Falle wohl nicht verlangen, mit Geldstrafe belegt zu werden, da dies eine Ausdehnung der ihnen im Art. 20 eingeräumten Begünstigung sein würde, die schwerlich in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat.

IV.

Ueber die Dauer der Freiheitsstrafen.

(Zu Art. 17, 18, 26, 56, 58, 62, 63, 71, 240 u. a.)

Wie in dem Gesetzbuche in der Regel für die Strafe eines jeden einzelen Verbrechens ein Maximum und Minimum bestimmt ist, so ist dies im Art. 17 auch in Bezug auf die Dauer der Freiheitsstrafen im Allgemeinen geschehn. Es kann nehmlich:

Zuchthausstrafe 1. Grades nicht über 20 und unter 2 Jahren,

Zuchthausstrafe 2. Grades nicht über 20 und unter 1 Jahre,

Arbeitshausstrafe nicht über 10 Jahre und unter 2 Monat,

Gefängnißstrafe nicht über 3 Monat und unter 1 Tag

erkannt werden [1]).

---

1) Eine ähnliche Beschränkung enthält Art. 14 in Hinsicht der Handarbeitsstrafe, mit welcher Personen, die ihrem Stande nach Handarbeit verrichten, statt der ihnen zuerkannten Gefängnißstrafe belegt werden können, wo diese nicht über 3 Monat beträgt. Doch auch in diesem Falle sollen sie nur 4 Wochen durch Handarbeit verbüßen. (Vgl. wegen des Näheren Artt. 14, 17 am Ende, 19, 20, 21, 22.) Wegen der Geldstrafen ist eine ähnliche Bestimmung vermißt worden. Indeß ist dabei in der Regel durch die speciellen Strafsanctionen ein Maximum festgesetzt. Nur bei dem Wucher (Art. 293) und der Bestechung (Art. 318) fehlt eine solche Begrenzung; man müßte denn das in ähnlichen Fällen vorkommende Maximum von 100 Thlr. analogisch anwenden, was aber wohl schwerlich der Absicht des Gesetzgebers gemäß ist.

Zwei Fälle, in denen diese Bestimmungen zur Anwendung kommen, sind durch den nächstfolgenden (18.) Artikel besonders hervorgehoben. Hiernach darf nehmlich

1) wenn bei den einzelen Verbrechen dem Richter die Wahl zwischen mehreren Strafarten gelassen, und nur für die höchste derselben ein Maximum der Dauer bestimmt ist, auch die geringere Strafart in keiner längeren Dauer, und jedenfalls nur unter Befolgung der Bestimmungen Art. 17 erkannt werden, und soll

2) wenn nach den gesetzlichen Bestimmungen die ordentliche Strafe auf einen verhältnißmäßigen Theil derselben zu reduciren ist, und dieser Theil das (nach Art. 17) niedrigste Maaß der vorgeschriebenen Strafart nicht erreicht, auf die zunächst niedrigere Strafart, jedoch mit Berücksichtigung der verschiedenen Geltung der beiden Strafarten (Art. 53 [1])) übergegangen werden.

Beispiele zu der Regel unter 1) enthalten Art. 98, 99 Nr. 2, 248. Zweifelhaft kann es dagegen erscheinen, ob diese Regel auch da eintrete, wo schon bei der leichteren Form des fraglichen Verbrechens längere, als dreimonatliche Gefängnißstrafe gestattet ist, und nur bei der schwereren Form Gefängniß- oder Arbeitshausstrafe bis zu einer gewissen Dauer angedroht wird. So kann nach Art. 105 wegen Widersetzung gegen die Obrigkeit Gefängnißstrafe bis zu 1 auch 2 Jahren eintreten; sind aber bei der Widersetzung Drohungen gegen die Obrigkeit

---

1) 1 Jahr Gefängniß steht 6 Monaten Arbeitshaus, 3 Monaten Zuchthaus 2. Grades und 2 Monaten Zuchthaus 1. Grades gleich. Bei der Reduction ist jedoch die zu reducirende geringere Strafe (nicht also die höhere, wenn diese wie in dem obigen Falle auf eine geringere zu reduciren ist) nur nach Monaten zu berechnen und eine etwa verbleibende kürzere Zeitfrist in Wegfall zu bringen.

selbst ausgestoßen worden, so soll die Strafe bis auf 4 Jahre Arbeitshaus steigen können, ohne daß gerade gesagt ist, es müsse hier nothwendig Arbeitshausstrafe eintreten. Es fragt sich also, ob der Richter hier wegen mildernder Umstände auch bei vorgekommenen Drohungen gegen die Obrigkeit auf 1- bis 2jährige Gefängnißstrafe erkennen dürfe, oder ob er Gefängnißstrafe überhaupt nur wählen könne, wenn diese Drohungen so geringfügig und entschuldbar sind, daß dreimonatliche und geringere Gefängnißstrafe genügt. Aehnliche Bestimmungen kommen Art. 108, Art. 249 im zweiten Satze und Art. 291, vgl. mit 288, vor. Da indeß die fragliche Regel im Art. 18 ganz allgemein ausgesprochen ist, und die Verstattung einer längeren Gefängnißstrafe überall, wo sie vorkommt, auf der Ansicht zu beruhen scheint, daß das fragliche Verbrechen, wenigstens in seinen leichteren Formen, eine schonende Rücksicht verdiene, die bei den schwereren Formen desselben leicht wegfallen kann, so dürfte wohl auch hier nach jener Regel zu erkennen sein, zumal dieselbe durch Gestattung obiger Ausnahme beinahe umgestoßen werden würde.

Beispiele für die Regel unter 2) bieten die Strafen des Versuchs, der ungleichen Theilnahme und der Begünstigung dar, bei welchen das Maximum in $\frac{2}{3}$ und rücksichtlich $\frac{1}{3}$ der poena ordinaria besteht. Wäre diese also dreijährige Zuchthausstrafe ersten Grades, so würde die höchstmögliche Strafe der Begünstigung nicht in 1 Jahre Zuchthaus 1. Grades, sondern in $1\frac{1}{2}$ Jahre Zuchthaus 2. Grades bestehen. Außerdem kommt diese Regel bei der Bestrafung des Funddiebstahles zur Anwendung, welcher in seinen schwereren Formen (wenn der Finder den Eigenthümer der verlorenen Sache erfahren hatte, oder

eine öffentliche Aufforderung zur Rückgabe unbeachtet ließ) mit der Hälfte der Diebstahlsstrafen geahndet werden soll. Beträgt nehmlich der Werth des Gefundenen über 10 bis 50 Thlr., so besteht nach jener Regel das Minimum der Strafe nicht in einmonatlicher Arbeitshausstrafe, sondern in zweimonatlicher Gefängnißstrafe. Vgl. Art. 241 und 223 Nr. 3.

3) Ein dritter Fall, wo die Beschränkungen des Art. 17 nach der ausdrücklichen Disposition des Gesetzes zu beachten sind, ist der Rückfall (Art. 58) [1]. Nur die Gefängnißstrafe kann hier über 3 Monat gesteigert werden, jedoch gilt dabei die auch sonst vorkommende besondere Bestimmung, daß, wenn die Strafe des Rückfalls wegen eines Verbrechens eintritt, welches höchstens mit 3 Monaten Gefängniß, im höheren Grade aber mit Arbeitshausstrafe bedroht ist, statt der Gefängnißstrafe, wenn sie wenigstens die Höhe von 4 Monaten erreicht, auf Arbeitshausstrafe, jedoch nur in der halben Dauer erkannt werden kann [2]. Erreicht sie aber diese Höhe nicht, so ist sie, auch wenn sie über 3 Monate ansteigt (vgl. Art. 11), im Gerichtsgefängnisse zu verbüßen.

Unter den ferneren Fällen, in denen Art. 17 zur Anwendung kommt, sind:

---

1) Auch bei dem Zusammentreffen des Rückfalls mit der Concurrenz der Verbrechen findet nach Art. 60 diese Beschränkung statt. Das Wörtchen „auch", welches im Entwurfe stand, ist in diesem Artikel wohl nur aus Versehn ausgefallen.

2) Nach Art. 54 und 229 sollte man glauben, daß diese Strafverwandlung eintreten müsse. Wenigstens wird dies bei allen entehrenden Verbrechen der Absicht des Gesetzgebers gemäß sein, da wegen dergleichen Verbrechen Niemand in's Landesgefängniß kommen soll. Vgl. die Motiven zum Entwurf S. 88, 91 und die Verhandlungen über Art. 214 des Entwurfs.

4) abermals der Versuch, die ungleiche Theilnahme an Verbrechen und die Begünstigung zu nennen. Hier ist nehmlich das Maximum bei Verbrechen, welche mit Todes= oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht sind (abgesehn von dem Falle besonderer Gefährlichkeit des Verbrechers in den Art. 26 bestimmten Fällen), 20 und rücksichtlich (nehmlich bei der Begünstigung) 10 Jahre Zuchthaus, bei andern Verbrechen $\frac{2}{3}$ oder rücksichtlich $\frac{1}{3}$ der ordentlichen Strafe. Bei Capitalverbrechen hat daher der Richter zwischen Zuchthausstrafe bis zu 20 und rücksichtlich 10 Jahren, Arbeitshausstrafe von 2 Monaten bis zu 10 Jahren, Gefängnißstrafe von 1 Tage bis zu 3 Monaten und Verweis die Wahl. Dieselben Grundsätze kommen

5) bei dem Exceß in der Nothwehr zur Anwendung (Art. 71), wo sich das Maximum der Strafe durch die Strafe desjenigen Verbrechens bestimmt, welches vorhanden sein würde, wenn kein Nothstand eingetreten wäre, und wo das Minimum ebenfalls bis auf einen Verweis herabsinken kann. Endlich wird

6) Art. 17 den Maaßstab der Strafe abgeben müssen, wo bloß die Art derselben in dem Gesetze bestimmt ist, wie dies im Art. 62 hinsichtlich der bei jugendlichem Alter an die Stelle der Todes= und Zuchthausstrafen tretenden Arbeitshaus= und Gefängnißstrafe, und hinsichtlich der in Fällen, ubi malitia supplet aetatem, an die Stelle der Todes= und lebenslänglichen Zuchthausstrafe tretenden zeitlichen Zuchthausstrafe der Fall ist. Man wird also auch hier nur auf Gefängnißstrafe bis zu 3 Monaten, Arbeitshausstrafe von 2 Monaten bis zu 10 Jahren und Zuchthausstrafe von 1 (rücksichtlich 2) Jahren bis zu 20 Jahren sprechen dürfen, obwohl grade hier längere Gefängnißstrafen bisweilen Bedürfniß sein können.

Dagegen finden sich auch mehrfache Ausnahmen von der im Art. 17 aufgestellten Regel. Zwei derselben, die eine für das Maximum, die andere für das Minimum der Freiheitsstrafen, sind allgemeiner Natur.

1) Das Maximum der Freiheitsstrafen kann nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 56 überschritten werden, wenn wegen Concurrenz der Verbrechen mehrere Freiheitsstrafen gleicher oder verschiedener Art (letztere nach vorgängiger Reduction auf die höhere Strafart Art. 53) mit einander zu verbinden sind. Ausdrücklich ist dies im Art. 56 nur von der Zucht- und Arbeitshausstrafe gesagt. Allein daß es auch von der Gefängnißstrafe gelte, ergiebt sich aus Art. 54, jedoch mit einer ähnlichen Beschränkung, wie oben unter 3) erwähnt wurde (Art. 58). Wie aber, wenn die verbundenen Strafen selbst die gesetzliche Dauer der nächsthöheren Strafart übersteigen? Dürfen sie dann in diese höhere Strafart verwandelt werden, oder kann auch 20- und mehrjährige Arbeitshaus- und Gefängnißstrafe zur Verbüßung kommen? Die Fassung des Artikels spricht für das Letztere. Denn selbst in dem Falle, wenn die verbundenen „Freiheits-" (nicht bloß Zuchthaus-) Strafen die wahrscheinliche Lebensdauer des Verbrechers übersteigen, ist der Richter nur zu einer Verkürzung derselben, wiewohl nicht unter das Art. 17 bestimmte Maximum, keineswegs aber zur Verwandlung ermächtigt. Hat also ein Verbrecher durch mehrere concurrirende Verbrechen 18 Jahre Arbeitshausstrafe verwirkt, seine präsumtive Lebensdauer beträgt aber nur 10 Jahre, so kann ihm keineswegs 9jährige Zuchthausstrafe 2ten Grades, sondern nur 9jährige Arbeitshausstrafe zuerkannt werden. Ob das der Absicht des Gesetzgebers gemäß sei,

läßt sich wohl bezweifeln, nicht aber, daß es ihr widerspreche, beweisen.

2) Das Minimum der gesetzlichen Strafdauer kann nach Art. 63 überschritten werden, wenn eine Freiheitsstrafe wegen unverschuldet erlittenen Untersuchungsarrestes zu mindern ist. Es fragt sich aber hierbei, ob die Verminderung bei jeder Freiheitsstrafe einen gleichen Zeitraum betragen müsse, wie der unverschuldete Arrest, oder ob letzterer der Gefängnißstrafe gleichzuachten und hiernach eine Reduction der herabzusetzenden Zucht- und Arbeitshausstrafe nach Art. 53 vorzunehmen sei? Letzteres ist wohl unbezweifelt das Richtigere. Denn kann gleich zuweilen der Untersuchungsarrest ein schwereres Uebel für den Inculpaten enthalten, als der Strafarrest, zumal wenn letzterer im Landesgefängnisse verbüßt wird; so hat doch dies nur in zufälligen, zum Theil ungehörigen Verhältnissen seinen Grund. An sich muß der Staat zur Verhaftung eines noch nicht verurtheilten Angeschuldigten die gelindeste Freiheitsbeschränkung wählen, die mithin auch der gelindesten Freiheitsstrafe entsprechen muß. Wer daher 1 Jahr Zuchthausstrafe 2ten Grades verwirkt, jedoch 1 Jahr lang unverschuldete Haft erlitten hat, wird noch neunmonatliche Zuchthausstrafe 2ten Grades zu erleiden haben. Außerdem kann nach Art. 65 im zweiten Absatze eine Ueberschreitung des Minimums der Zucht- und Arbeitshausstrafe nöthig werden.

Andere Ausnahmen gründen sich auf specielle Bestimmungen des Gesetzbuchs. Eine Verlängerung der gesetzlichen Strafdauer durch specielle Bestimmungen kommt bei der Gefängnißstrafe häufig vor. Es kann nehmlich auf Gefängnißstrafe

a) von 4 Monat nach Art. 146, 229, 313, 323, 324;
b) von 6 Monat nach Art. 47, 95, 108, 109, 110, 111, 118, 132, 138, 156, 168, 193, 194, 197, 208, 217, 219, 247, 256, 271, 285, 286, 302, 303, 307, 314, 322;
c) von 8 Monat nach Art. 150;
d) von 1 Jahre nach Art. 92, 94, 95, 96, 103, 105, 109, 114, 115, 118, 146, 169, 170, 187, 189, 191, 192, 206, 210, 257, 265, 266, 288, 304, 308, 309, 317;
e) von 2 Jahren nach Art. 86, 90, 105, 127, 131, 147, 155, 182, 198, 222, 283, 289, 299, 320;
f) von 3 Jahren nach Art. 84, 88, 99, 125, 206;
g) von 20 Jahren nach Art. 206 (Duell)

erkannt werden.

Indirect ist eine 2= und 4jährige Gefängnißstrafe angeordnet in Art. 200. Denn unter Verdoppelung der 1= und 2jährigen Gefängnißstrafe kann man unmöglich 1= und 2jährige Arbeitshausstrafe verstehen; ferner in Art. 134, indem der Richter bei Körperverletzungen, zu denen der Thäter durch besonders schwere Beleidigungen, oder thätliche Mißhandlungen gereizt worden war, in den Art. 132 unter 2 a [1]), 3 und 4 aufgeführten Fällen auf die nächst niedrigere Strafart in gleicher Dauer herabgehn, mithin statt der Art. 132 Nr. 3 angedrohten vierjährigen Arbeitshausstrafe auf vierjährige Gefängnißstrafe erkennen kann. Ein ähnliches Herabgehn auf die niedrigere Strafart kommt Art. 136 am Ende vor. Ob

---

1) Die Beziehung auf 2a ist überflüssig, denn eine niedrigere Freiheitsstrafe, als die hier angedrohte Gefängnißstrafe giebt es nicht.

aber auch hierbei von den Vorschriften des Art. 17 abzusehn sei, wird sich danach bestimmen, ob man auch hier die im Art. 134 hinzugefügten Worte „unter gleicher Strafdauer" supplirt. Dafür scheint die Fassung dieses Artikels im Entwurfe (Art. 130) zu sprechen.

Bei der Zuchthaus- und Arbeitshausstrafe kommen dergleichen Ueberschreitungen des Maximums — abgesehn von der lebenslänglichen Zuchthausstrafe, die mehr als eine eigne Strafart zu betrachten ist [1]) — nicht vor. Zweifelhaft könnte dies scheinen, wo, wie in Art. 26, 83, 87 und 100 nach Befinden auf lebenslängliche Zuchthausstrafe übergegangen werden kann. Denn man könnte sagen, wo dem Richter das majus — lebenslängliche Zuchthausstrafe — gestattet ist, da muß ihm auch das minus — 25- oder 30jährige Zuchthausstrafe — erlaubt sein. Dies scheint indeß nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen zu sein. In den beiden zuerst genannten Artikeln giebt sich die angedrohte Zuchthausstrafe mehr als Sicherungsmittel kund; hält sich aber der Staat durch eine 20jährige Zuchthausstrafe noch nicht für gesichert, so kann man dies auch von einer 25- und 30jährigen nicht annehmen. Auch für die beiden andern Fälle aber scheint der besondre Charakter der lebenslänglichen Zuchthausstrafe, als einer absoluten Strafe, zu entscheiden.

Zweifelhafter scheint es, ob nicht das Minimum der Zuchthausstrafe in gewissen Fällen überschritten werden könne. Art. 233 und 240 sind es, welche zu diesem Zweifel Veranlassung geben.

Wenn im Art. 233 angeordnet wird, daß wider einen Dieb, der, auf der That betroffen, sich seiner

---

1) Abegg üb. den sächs. Entwurf S. 15.

Festnehmung mit Gewalt oder lebensgefährlichen Drohungen widersetzt, statt der Gefängnißstrafe auf Arbeitshausstrafe nicht unter 3 Monaten, und statt der Arbeitshausstrafe auf Zuchthausstrafe zweiten Grades erkannt werden solle, so scheint hierin auf den ersten Anblick, abgesehn von dem ausgesprochenen Minimum der Arbeitshausstrafe, eine ganz unbestimmte Strafdrohung, wie im Art. 62, enthalten zu sein, bei welcher demnach die Grenzen des richterlichen Ermessens sich lediglich nach Art. 17 bestimmen würden, so daß nach Befinden auch auf 20jährige Zuchthausstrafe erkannt werden dürfte. Daß dies aber nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, ergiebt sich schon aus Art. 237, wo das schwerere Verbrechen mit weit geringerer Strafe bedroht ist; auch scheint schon die Wortfassung (statt der Gefängniß- und Arbeitshausstrafe) darauf hinzudeuten, daß zwischen den Strafen des einfachen Diebstahles und den hier angedrohten ein gewisses Verhältniß stattfinden solle. Dies geht nun auch mit völliger Gewißheit aus dem Deputationsberichte der ersten Kammer zu Cap. XII, zu Art. 219 und 222 des Entwurfs (S. 130 f.), mit welchem sich die Regierung, wenigstens hinsichtlich der Motiven, einverstanden erklärt hat (ebend. S. 132 zu Art. 222 am Ende), hervor. Denn es wurde hier zu Art. 218 und 222 (Art. 229 und 233 des GB.), welche im Entwurfe hinsichtlich der Strafbestimmung ganz gleichlautend und in denselben Ausdrücken abgefaßt waren, wie Art. 233 des GB. [1]), eine Abänderung um deswillen beantragt, weil sonst bei

1) Art. 218 des Entwurfs lautete: Nicht weniger tritt statt des Gefängnisses Arbeitshausstrafe nicht unter 3 Monaten und statt der Arbeitshausstrafe Zuchthausstrafe zweiten Grades bei allen Entwendungen ein, welche zur Zeit dringender Gefahren &c.

einem Betrage von 5 bis mit 10 Thlr., wo 3 Monat Arbeitshaus nach Art. 214 (232 des GB.) das Maximum bildet, eine absolute Strafe eintreten würde. Hierin liegt deutlich, daß man unter der Anwendung einer Arbeits- und rücksichtlich Zuchthausstrafe statt der Gefängniß- und Arbeitshausstrafe eine Zuerkennung der höheren Strafart in gleicher Dauer, wie die im Art. 232 angedrohte niedere Strafart, verstand. Auch gab man dies noch deutlicher dadurch zu erkennen, daß man in den Fällen, wo das Uebergehn auf die höhere Strafart in der gleichen Dauer zu Inconvenienzen führen würde, statt dessen eine Verlängerung der Strafe vorschlug, in den übrigen Fällen aber es direct ausgesprochen haben wollte, daß statt des im Art. 214 (232 des GB.) angedrohten Arbeitshauses auf Zuchthaus in der gleichen Dauer zu erkennen sei. Diese Fassung ist nun auch bei Art. 229 (Art. 218 des Entw.) die des Gesetzes geworden; bei Art. 230 (222 des Entw.) wurde sie zwar von der zweiten Kammer verworfen, jedoch aus ganz anderen, hier nicht einschlagenden Gründen; und man kann sich daher zur Erklärung des Art. 233 mit Sicherheit auf die im Art. 229 enthaltene Erläuterung des nach dem Entwurf ganz gleichlautenden Art. 218 berufen.

Soll nun aber hiernach in den Art. 233 bezeichneten Fällen auf die höhere Strafart in gleicher Dauer übergegangen werden (wodurch natürlich nicht ausgeschlossen ist, daß wegen ideeller Concurrenz einer sehr schweren Drohung oder Körperverletzung nach Art. 170 oder 132 auf eine höhere Strafe erkannt werde), so führt dies bei einem Betrage von 5 bis mit 10 Thlr. auf zwei- bis drei-

monatliche Zuchthausstrafe zweiten Grades, und bei einem Betrage von 20 bis mit 50 Thlr. auf Zuchthausstrafe zweiten Grades von 2 Monaten bis zu 2 Jahren, also in beiden Fällen auf eine Ueberschreitung des im Art. 17 festgesetzten Minimums der Zuchthausstrafe.

Eben so würde die im Art. 240 dem Richter ertheilte Ermächtigung, die verwirkte Strafe in der zunächst folgenden höheren Strafart verbüßen zu lassen, in der Anwendung auf Diebstähle von 5 bis mit 10 Thlr. zu einer zwei- bis sechsmonatlichen Zuchthausstrafe zweiten Grades führen [1]).

Soll nun in diesen Fällen wirklich auf Zuchthausstrafe von kürzerer als einjähriger Dauer erkannt werden, oder soll das Uebergehen auf die höhere Strafart nur da stattfinden, wo es mit den Bestimmungen des Art. 17 vereinbar ist?

Was Art. 240 betrifft, so habe ich mich schon an einem anderen Orte für die letztere Ansicht ausgesprochen [2]), und ich muß auch noch gegenwärtig bei dieser Ansicht beharren, obgleich für die entgegengesetzte nicht unwichtige Gründe zu sprechen scheinen. Zuvörderst kann man dafür die Regel: lex specialis derogat generali anführen. Allein diese Regel kommt bloß bei einander ausschließenden Bestimmungen zur Anwendung, während die

---

1) Vgl. unten Abh. XI.

2) Zeitschr. f. Rechtspflege und Verwaltung, zunächst für das Königr. Sachsen, herausgeg. v. d. voigtländ. jurist. Vereine Bd. 1. H. 1. S. 157. Anm. 2. In der hier mitgetheilten Straftabelle muß übrigens nach der nunmehrigen Fassung des Art. 58 da, wo 12 Wochen oder 3 Monat Gefängniß steht, überall 16 Wochen Gefängniß gesetzt werden.

Beobachtung des im Art. 17 vorgeschriebenen Minimums nur eine Beschränkung der Bestimmungen des Art. 233 und 240 herbeiführen würde. Ferner kann man sich darauf berufen, daß bei dem Uebergehen auf eine andere Strafart auch noch andere Bestimmungen des Art. 17 vernachlässigt werden, wie z. B. nach der ausdrücklichen Disposition des Art. 134 das Maximum der Gefängnißstrafe. Allein es wäre gewagt, hiervon auf das Minimum der Zuchthausstrafe einen Schluß zu ziehen, da das Maximum der Gefängnißstrafe bei so vielen einzelnen Strafbestimmungen des GB's unbeachtet geblieben ist, wogegen eine Ueberschreitung des Minimums der Zuchthausstrafe, abgesehen von den hier in Frage befangenen streitigen Fällen und den ganz besonderen Verhältnissen des Art. 63 und 65 beispiellos wäre, und mit den bei der Abgrenzung der Zuchthausstrafe beobachteten politischen Rücksichten [1]) ganz unvereinbar sein würde. Der wichtigste Grund für die unbeschränkte Anwendung des Art. 233 und 240 ist wohl, daß Art. 233, wie bereits von der Deputation der ersten Kammer bemerkt wurde, zu einer absoluten Strafe führen würde, wenn man nicht statt der Art. 232, 2 angedrohten dreimonatlichen Arbeitshausstrafe auf zwei= bis dreimonatliche Zuchthausstrafe 2ten Grades übergehn könnte, und daß von dem Maximum der Rückfallsstrafe bei einem Diebstahlsbetrage von 5 bis mit 10 Thlr. auf das Maximum derselben bei 10 bis mit 50 Thlr. ein Sprung von 6 Monat Arbeitshaus bis auf 4 Jahre Zuchthaus stattfinden würde, ein Sprung, wie er in der ganzen bisherigen Gesetzgebung nicht stattfand.

---

1) Mittheilungen üb. d. Verh. d. Landt. S. 1978 ff.

Dieser Sprung ist aber um so bedenklicher, je mehr bei wiederholtem Rückfalle der Betrag des Entwendeten in den Hintergrund tritt. Denn wer zum ersten oder zweiten Male eine Wenigkeit stiehlt, von dem kann man annehmen, daß der geringe Betrag auf seinen verbrecherischen Entschluß von Einfluß gewesen sei, indem er sich vielleicht vor einem bedeutenderen Diebstahle gescheut haben würde. Bei ihm hat also die Abstufung der Strafe nach dem Betrage des Entwendeten eine rationelle Beziehung zu dem Prinzip der Gerechtigkeit. Allein bei einem geübten und verhärteten Diebe (und auf solche sind doch die Rückfallsstrafen hauptsächlich berechnet) findet dieses Raisonnement keine Anwendung. Er nimmt, was er findet; ist daher der Betrag des von ihm Entwendeten gering, so liegt dies in der Regel bloß an dem glücklichen Zufalle, daß er grade nicht ein Mehreres erlangen konnte. Die C. C. C. ging daher von einem richtigen Prinzip aus, wenn sie beim Rückfalle auf den Werth des Entwendeten keine Rücksicht genommen wissen wollte.

Auch diese letzteren Gründe können indeß nicht gegen die Anwendung des Art. 17 entscheiden, so lange nicht erwiesen wird, daß der Gesetzgeber von denselben Rücksichten ausgegangen sei; dies ist aber wenigstens beim Art. 233 entschieden nicht der Fall gewesen.

Dies beweist schon der Umstand, daß die Deputation der ersten Kammer, ohne Widerspruch der Regierung, aus der Fassung der Art. 218 und 222 des Entwurfs die Folgerung einer absoluten Strafe ableiten konnte. Denn hätte man die Möglichkeit einer zwei- bis dreimonatlichen Zuchthausstrafe statuirt, so hätte man auf diese Folgerung nicht kommen können. Dann hätte der Richter

auch bei einem Betrage von 5 bis mit 10 Thlr. zwischen 3 Monat Arbeitshaus und 2 bis 3 Monat Zuchthaus 2ten Grades die Wahl gehabt. Noch mehr aber beweist das gewählte Auskunftsmittel, wie weit man davon entfernt war, dem Richter hier das Aussprechen einer kürzeren als 1jährigen Zuchthausstrafe gestatten zu wollen. Man brachte nehmlich, um diese absolute Strafe zu vermeiden, das Uebergehen in die höhere Strafart da, wo es mit dem Art. 17 im Widerspruch gestanden haben würde, lieber gänzlich in Wegfall, und ermächtigte statt dessen den Richter, die ursprünglich angedrohte Strafart zu verdoppeln. Dieses Auskunftsmittel ist nun zwar von der zweiten Kammer nur bei Art. 218 (229 des GB's) adoptirt worden, allein hieraus kann für Art. 233 weiter nichts folgen, als daß hier die Inconvenienz, die dadurch beseitigt werden sollte, unbeseitigt geblieben ist, daß mithin allerdings bei dem Betrage von 5 bis mit 10 Thlr. eine absolute Strafe (von 3 Monat Arbeitshaus) stattfindet, und bei einem Betrage von 10 bis mit 50 Thlr. die Arbeitshausstrafe nur dann in Zuchthausstrafe verwandelt werden kann, wenn sie wenigstens die Dauer von 1 Jahre erreicht.

Hat man aber bei Art. 218 und 222 des Entwurfs (229 und 233 des GB.) eine weniger als 1jährige Zuchthausstrafe nicht gestatten wollen, so kann dies eben so wenig bei Art. 240 als der Wille des Gesetzgebers betrachtet werden.

V.

Ueber die Bestrafung des Versuchs.

(Zu Art. 26.)

Das Gesetzbuch ist in seinem Entwurfe mehrfach darüber gelobt worden, daß es nicht verschiedene Grade des Versuches zum Voraus bestimmen wolle, sondern denselben bloß einerseits von der Vollendung (Art. 25), andrerseits von der bloßen Vorbereitung des Verbrechens (Art. 29, 30) unterscheide, die Abmessung der Versuchsstrafen selbst aber nach den concreten Umständen jedes Falles ganz dem richterlichen Ermessen anheim gebe.

Indeß wird die Anwendung des Art. 26 dadurch einigermaßen erschwert, daß in demselben solche Fälle des Versuchs, welche offenbar und stets einen nächsten Versuch begründen, mit anderen, wo dies wenigstens nicht nothwendig der Fall ist, scheinbar gleichgestellt werden.

Die Strafe des Versuchs (in der Regel bis zu $\frac{2}{3}$ der Strafe des vollendeten Verbrechens, und bei mit Todes- oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechen bis zu 20 Jahr Zuchthaus 1. Grades ansteigend) soll nehmlich nach Art. 26 eintreten, wenn der Verbrecher

1. durch äußere Umstände an der Vollendung der unternommenen gesetzwidrigen Handlung verhindert, oder

2. auf gleiche Weise der Erfolg der von ihm vollendeten Handlung abgewendet worden ist, oder wenn er
3. zu der Ausführung des von ihm beabsichtigten Verbrechens irriger Weise, oder aus Mangel an Einsicht ein völlig untaugliches Mittel gewählt, oder
4. das gewählte taugliche Mittel in unzureichender oder unzweckmäßiger Weise angewendet hat.

Daß indeß diese Fälle einander nicht völlig gleichstehen, erkennt das Gesetz selbst an, indem es am Schlusse des Art. 26 gestattet, in den Fällen unter 2 und 4 bei todeswürdigen Verbrechen und besonderer Gefährlichkeit des Verbrechers ausnahmsweise auf lebenslängliche Zuchthausstrafe zu erkennen. Hieraus folgt nun zwar keineswegs, wie Hermann [1]) anzunehmen scheint, im Allgemeinen eine geringere Strafbarkeit der Fälle unter 1 und 3, denn auch sie können den Umständen nach sich zu einem nächsten Versuche gestalten, und jedenfalls durch concurrirende subjective Erschwerungsgründe sogar strafbarer werden, als die Fälle unter 2 und 4 bei subjectiven Milderungsgründen. Allein so viel ist gewiß, daß diese Fälle objectiv in der Regel als die schwereren sich darstellen [2]).

Der Fall unter Nr. 2 enthält nothwendig und stets einen nächsten Versuch, denn es wird dabei vorausgesetzt, daß der Verbrecher das Seinige vollkommen gethan habe, und der Erfolg nur durch Zufall abgewendet worden sei; hier werden daher nur subjective Er-

1) a. a. O. S. 68.

2) Vgl. auch Landtagsverhandl. S. 389 und 2042.

schwerungs- und Milderungsgründe bei der Strafabmessung in Betracht kommen können.

Dagegen läßt schon der Fall unter 4 verschiedene Abstufungen zu, selbst wenn man dabei voraussetzt, daß der Erfolg lediglich durch unzweckmäßigen oder unzureichenden Gebrauch des angewendeten Mittels abgewendet worden sei. Denn die Unzureichendheit und Unzweckmäßigkeit des Gebrauchs kann selbst verschiedene Grade haben. So wird z. B. derjenige, der, um zu tödten, seinem Gegner nur ein Körnchen Gift reichte, das Niemanden schaden konnte, minder strafbar sein, als derjenige, der eine gute Portion gab, welche aber dem davon Genießenden vermöge seiner besonders kräftigen Leibesbeschaffenheit nichts schadete; ferner derjenige, der auf seinen Feind aus einer Entfernung schoß, wo er ihn gar nicht erreichen konnte, minder strafbar, als derjenige, der eine Entfernung wählte, die nur ihm selbst, als einem schlechten Schützen, das Treffen erschwerte.

Am verschiedensten kann sich der Fall unter 1 seinen objectiven Graden nach gestalten. Bei Verbrechen, zu deren Merkmalen kein besondrer Erfolg gehört, kann er zum nächsten Versuche werden; eben so gut kann aber auch der Verbrecher beim ersten Beginn seiner verbrecherischen Handlung, z. B. beim Ergreifen des tödtlichen Gewehres, unterbrochen werden.

Dagegen dürfte der Fall unter 3, wenn es sich um ein absolut unbrauchbares Mittel handelt, womit keine Rechtsverletzung verübt werden konnte, wohl in der Regel nur im geringen Grade strafbar erscheinen, besonders, wenn dieses Mittel nicht aus Irrthum (z. B. indem der Verbrecher Zucker für Gift hielt), sondern

aus Unverstand (indem er glaubte durch Zucker tödten zu können) gewählt wurde [1]).

Freilich kann es aber oft zweifelhaft sein, ob das gewählte Mittel als ein unbrauchbares zu betrachten, oder ob es bloß durch unzureichenden und unzweckmäßigen Gebrauch wirkungslos geworden sei, ob mithin ein gewisser Fall unter Nr. 3 oder 4 gehöre, und dieser Zweifel wird wichtig, wenn es sich um Anwendung der für die Fälle unter 2 und 4 nachgelassenen Straferhöhung handelt.

So ist z. B. ein Pistol an und für sich ein brauchbares Mittel zur Tödtung, aber nur unter der Voraussetzung, daß es zweckmäßig geladen werde. Hatte nun Jemand das Pistol, welches er in der Absicht zu tödten auf seinen Gegner abdrückte, (aus Irrthum oder Unverstand) gar nicht, oder blind geladen, oder die Kugel nicht scharf aufgesetzt, so ist ganz gewiß, wenn bloß hierdurch der tödtliche Erfolg verhindert wurde, ein sehr strafbarer Versuch der Tödtung vorhanden, ob aber bei besonderer Gefährlichkeit des Verbrechers auf lebenslängliche Zuchthausstrafe erkannt werden dürfe, scheint zweifelhaft.

---

1) Hiermit stimmen auch die Erklärungen der Regierung S. 391 der Mittheilungen üb. d. Verh. des Landtags überein.

VI.

Vom dolus indirectus [1]).

(Zu Art. 31.)

Art. 31 des Gesetzbuches lautet:

Bei einer mit Vorsatz verübten gesetzwidrigen Handlung ist der eingetretene Erfolg auch dann als von dem Thäter beabsichtigt anzunehmen, wenn er diesen Erfolg nicht ausschließlich, sondern denselben, oder eine andere Rechtsverletzung, die eben sowohl daraus entstehen konnte, bewirken wollte, oder wenn die Handlung von einer solchen Beschaffenheit war, daß der Thäter den wirklich eingetretenen Erfolg voraussehen mußte.

Es ist schon von Hermann [2]) bemerkt worden, daß der erste Theil dieser Disposition den sogen. alternativen Dolus treffe, wo es dem Handelnden völlig gleich war, welcher von den als gleich möglich vorausgesehenen Erfolgen seiner Handlung wirklich werde, der schlimmere, oder der minder schlimme, daß dagegen die bei Weitem häufigeren Fälle, wo der Verbrecher sich den speciellen Zweck seiner Handlung gar nicht bestimmt vergegenwärtigt, sondern überhaupt einen Schaden zufügen will, und wenn es der schlimmste wäre (dolus indeterminatus), oder wo er zunächst zwar einen min-

---

1) Ich bediene mich dieses Ausdrucks der Kürze halber, obwohl mir die Ausstellungen gegen denselben nicht unbekannt sind.

2) a. a. O. S. 86 f.

der strafbaren, ja straflosen Erfolg beabsichtigt, dabei aber das Bewußtsein hat, daß aus seiner Handlung eben so leicht ein strafbarerer Erfolg hervorgehn könne, und mithin, wenn es nicht anders sein kann, auch in diesen einwilligt (dolus eventualis), unter jene Disposition nicht mit subsumirt werden können. Daß diese Fälle verschieden seien, und namentlich den letzteren beiden ein geringerer Grad der Schuld zum Grunde liege, wird wohl Niemand bestreiten. Sie würden also, wie dies auch manche Rechtslehrer verlangen, nicht mit zum dolus, sondern zur culpa gerechnet werden müssen, wenn sich im Gesetzbuche keine andere Sanction fände, welche deren Subsumtion unter den Begriff des dolus geböte.

Eine solche Sanction findet sich aber in der That in dem letzten Satze des Artikels, daß der eingetretene Erfolg auch dann als beabsichtigt anzunehmen sei,

> wenn die Handlung von einer solchen Beschaffenheit war, daß der Thäter den wirklich eingetretenen Erfolg voraussehen mußte.

Hermann findet hierin bloß eine formelle Vorschrift, nehmlich die Bestimmung, daß der Dolus auch bei mangelndem Geständnisse aus den Umständen erwiesen werden könne. Nothwendig ist nun zwar diese Erklärung nicht, vielmehr könnten die angeführten Worte möglicher Weise auch eine directe materielle Bestimmung enthalten; sie können nehmlich auf die sogenannte culpa dolo determinata gedeutet werden. Denn das Wort müssen wird häufig gebraucht für sollen, namentlich in der hier gebrauchten Form des Imperfectums. So versteht jedermann, wenn gesagt wird: „Cajus mußte sich die Folgen seiner Handlungen überlegen", hierunter nichts

Andres, als: Cajus hätte sich die Folgen seiner Handlungen überlegen *sollen*. Nimmt man nun hier das Wort „*mußte*" in dieser Bedeutung, so giebt der fragliche Satz den Sinn:

bei einer mit Vorsatz verübten gesetzwidrigen Handlung ist der eingetretene Erfolg als beabsichtigt anzunehmen, wenn der Handelnde denselben bei pflichtmäßiger Aufmerksamkeit *hätte voraussehn können*.

Diese Auslegung hat aber nicht bloß das gegen sich, daß sie dem Worte „mußte" eine uneigentliche Bedeutung unterlegt, sie wäre auch die für den Inculpaten nachtheiligere, und würde uns in eine Theorie hineinführen, die von der Wissenschaft längst aufgegeben ist. Wir werden also wohl bei der Herrmannschen Auslegung stehn bleiben müssen [1]).

Allein ist diese Auslegung die richtige, so ist damit auch zugleich erwiesen, daß es zur Strafe des dolus genüge, wenn erwiesen wird (sei es durch die Umstände oder durch Geständniß), daß der Handelnde den eingetretenen Erfolg *vorausgesehn* habe, ohne ihn grade direct und bestimmt — sei es ausschließlich, oder alternativ mit einem anderen Erfolge — zu *beabsichtigen*. Dies ist es nun aber grade, was sowohl den dolus indeterminatus, als den dolus eventualis charakterisirt und einerseits vom dolus alternativus, andrerseits

1) Vgl. auch Lantagsverhandl. S. 393 Sp. 2. Nur in *einem* Falle wird auf das bloße „*voraussehn können*" ein Gewicht gelegt, nehmlich bei der Brandstiftung nach Art. 171 Nr. 1. Allein hier kommt auch die hohe Strafbarkeit des *beabsichtigten* Erfolgs an und für sich in Betracht.

von der culpa dolo determinata unterscheidet. Auch dolus indet. und event. fallen daher unter die Disposition des Art. 31 [1]).

Zweierlei ist jedoch hierbei noch zu bemerken,

1. daß es keineswegs als doloses Verbrechen bestraft werden kann, wenn der Inculpat bei einer an sich erlaubten Handlung den eingetretenen rechtswidrigen Erfolg vorausgesehn hat — denn die Voraussetzung des Art. 31 ist eine mit Vorsatz verübte gesetzwidrige Handlung;
2. daß es zur Annahme des dolus keineswegs genüge, wenn erwiesen wird, daß sich der Handelnde der Möglichkeit des eingetretenen Erfolges bewußt gewesen sei — daß er an denselben gedacht habe. Denn in dem voraussehen und voraussehen müssen liegt mehr, als das bloße Bewußtseyn einer Möglichkeit [2]), es liegt darin das Bewußtsein der Wahrscheinlichkeit des eingetretenen Erfolges nach den dem Handelnden bekannten Naturgesetzen [3]).

---

1) Die Subsumtion dieser Fälle, wenigstens des dolus indeterminatus bestätigt sich auch durch die Landtagsverhand. S. 393 Sp. 2, S. 502 Sp. 2.

2) Abegg Krit. Bemerk. über den Badischen Entwurf in Demme und Klunge's Annalen Bd. 4 H. 2 S. 227.

3) S. 502 Sp. 2 ff. Mit der hier ersichtlichen Erklärung der Regierung, daß es dem „voraussehn müssen" gleichstehe, wenn der Erfolg „mit Wahrscheinlichkeit habe vorausgesehn werden können," hat etwas Anderes, als das Obige, wohl nicht gesagt werden sollen, wie insonderheit das S. 554 Sp. 2 angeführte Beispiel darthut. Ist es erwiesen, daß der Verbrecher den eingetretenen Tod nicht als wahrscheinlich vorausgesehn habe, so kann er doch unmöglich als ein doloser Mörder bestraft werden, gesetzt auch, er hätte ihn bei reiflicherem Nachdenken als wahrscheinlich voraussehn können. Lag aber diese Wahrscheinlichkeit so auf der

Um die Sache durch ein Beispiel zu erläutern: Wer den Andern mit einem Messer in's Bein sticht, der hat vielleicht an die Möglichkeit, daß daraus eine Tödtung erfolgen könne, gedacht, allein seine Handlung fällt, wenn diese wirklich eintritt, doch immer nur unter den Gesichtspunkt der culpa (dolo determinata), denn man kann nicht sagen, daß er diesen Erfolg voraussehn mußte; wer dagegen das Messer mit Kraft gegen des Anderen Brust führt, der mußte allerdings einen tödtlichen Erfolg (als wahrscheinlich) voraussehn, dafern er nur überhaupt zum Urtheilen über die gewöhnlichsten Verhältnisse des Lebens fähig ist. Ihm fällt wenigstens dolus eventualis zur Last, und er ist daher, wenn dieser Erfolg eintritt, nach Maaßgabe des Art. 31 zu strafen.

Hand, daß sie auch ohne besonderes Nachdenken dem Handelnden sich aufdringen mußte, so wird eben hieraus der Richter schließen, daß er den Tod als wahrscheinlich vorausgesehn habe.

VII.

Von Bestrafung der Culpa.

(Zu Art. 32, 43, 127, 138, 182.)

Bei Bestrafung der culpa soll nach Art. 43 vorzüglich auf die Größe der Verschuldung und des dadurch verursachten Schadens gesehn werden. Daß dadurch andere Strafzumessungsgründe nicht ausgeschlossen seien, folgt schon aus der Fassung des Artikels. Daß namentlich auch in Betracht kommen muß, ob der Handelnde den eingetretenen rechtswidrigen Erfolg wirklich voraussah, oder ob er ihn nur bei pflichtmäßiger Achtsamkeit auf seine Handlungen hätte voraussehn können (die Feuerbachsche culpa aus Fahrlässigkeit und aus Unbedachtsamkeit, oder Uebereilung) [1]; ferner, ob der Erfolg mit größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit zu erwarten war, ob der Handelnde sich in einer Lage befand, die ruhige Ueberlegung begünstigte oder behinderte, ergiebt sich schon daraus, daß alle diese Momente unter die Beurtheilung der Größe des Verschuldens fallen [2]). Nur die Berücksichtigung der Strafe, welche auf das correspondirende dolose Verbrechen gesetzt ist, scheint durch die Fassung des Art. 43 ganz ausgeschlossen zu sein, indem die Ständeversammlung auf

1) Betrachtungen über Dolus und Kulpa in der Bibliothek für die peinl. Rechtsw. und Gesetzkunde II. 1. S. 193 — 243.
2) Vgl. Hermann a. a. O. S. 91.

den Grund des Berichts der Deputation der ersten Kammer (S. 63) die hierauf bezüglichen Worte des Entwurfs ausdrücklich verwarf, weil bei der Bestrafung doloser Verbrechen nebst der Größe des Schadens auch die sich durch die That kund gebende Widerrechtlichkeit des Willens in die Waagschale komme, die bei dem culposen Verbrechen fehle. Fast sollte man glauben, daß hierbei die Stübelsche Theorie eingewirkt habe, nach welcher es eigentlich gar kein culposes Verbrechen giebt, sondern nur gefährliche Handlungen [1]). Obwohl nun der im Deputationsberichte angegebene Grund keineswegs durchgreifend ist, da auch die Strafbarkeit der Culpa auf der Widerrechtlichkeit des Willens beruht, wie jetzt allgemein anerkannt wird [2]), so konnte doch die Regierung hierin um so eher nachgeben, da nach Art. 32 die Culpa überhaupt nur in den im Gesetzbuche ausdrücklich genannten Fällen (der Tödtung Art. 127, Gesundheitsverletzung Art. 138, Brandstiftung und anderer Art. 172 — 181 genannter gemeingefährlicher Handlungen Art. 182 [3])) bestraft werden soll; denn in allen diesen Fällen ist das Strafmaaß im Gesetze bestimmt, mithin die Rücksicht auf die Strafe des dolosen Verbrechens schon von dem Gesetzgeber selbst beachtet, da aber, wo hiernach auch für den Richter jene Rücksicht noch wichtig werden kann — bei der culposen Gesundheitsverletzung nehmlich — ist die Beach-

1) Stübel im 4. Arch. des Crim. Rechts Bd. 8 St. 2 Abh. X §. 41 ff.

2) Vgl. Abegg. Lehrb. S. 136 ff.

3) Gewissermaßen gehört hierher auch leichtsinniger Eid und leichtsinniger Banquerout. Vgl. jedoch Günther, die neuen Criminalgesetze rc. S. 29.

tung der auf das dolose Verbrechen gesetzten Strafe, im Widerspruch mit obiger Argumentation, ausdrücklich als ein Moment der Strafabmessung genannt.

Was übrigens die Rücksicht auf die Größe des gestifteten Schadens anlangt, so ist diese bei der culposen Tödtung schon der Natur der Sache und der Fassung des Art. 127 nach, ganz ausgeschlossen. Bei der culposen Gesundheitsverletzung fällt sie mit der Rücksicht auf die Strafe des dolosen Verbrechens — die sich eben auch nach der Größe des Schadens abstuft — zusammen, sie wird daher nur noch bei den im Art. 171 — 181 benannten gemeingefährlichen Handlungen in Betracht kommen. Auch hier kann aber dieser Strafzumessungsgrund nicht in's Unendliche gelten. So wie es nehmlich überhaupt eine Voraussetzung der strafbaren Culpa ist, daß der Verbrecher den eingetretenen Erfolg voraussehn konnte, so kann er ihm auch nur in so weit zur Strafe angerechnet werden, als er ihn voraussehn — d. i. für wahrscheinlich halten [1]) — konnte. So muß es z. B. der Vf. für höchst ungerecht und unpassend, auch der Absicht des Gesetzgebers widersprechend halten, wenn bei der Bestrafung culposer Brandstiftungen darauf ein großes Gewicht gelegt wird, daß die entstandene Feuersbrunst sich sehr weit verbreitet, vielleicht eine ganze Stadt vernichtet, und Tausende in's Unglück gestürzt hat. Ein solcher Erfolg kann von dem culposen Urheber des Feuers nie vorausgesehn werden; er ist entweder durch gehörige Löschanstalten zu vermeiden, oder er beruht auf einem Zusammentreffen

---

1) S. d. vorherg. Abhandl.

von Umständen, die man als eine Schickung des Himmels betrachten, nicht aber den Bedauernswerthen entgelten lassen soll, der schon durch das Bewußtsein, ein solches Unglück veranlaßt zu haben, hart bestraft ist, und dessen Handlungsweise an und für sich betrachtet von derjenigen hundert anderer Menschen, die mit dem Feuer unvorsichtig umgehn, nicht um ein Haarbreit abweicht. Die Volksansicht, die in solchem Falle eine exemplarische Bestrafung verlangt, ist eine unrichtige, auf Rachsucht beruhende.

Auch wird es hierbei wichtig, welchen Grad des Verschuldens man überhaupt zu einer strafbaren culpa voraussetze? Diese Frage ist nach der neuen Gesetzgebung von weit größerer Erheblichkeit, als nach der älteren, weil das Gesetzbuch keineswegs in allen Fällen ein Herabgehn auf die niedrigsten Strafen gestattet, sondern vielmehr bei culposer Tödtung ein Minimum von 4 Wochen und bei culposer Brandstiftung ein Minimum von 8 Tagen Gefängniß festsetzt. Es ist daher wohl zeitgemäß, daran zu erinnern, daß im Criminalrechte eben so wenig ein ungewöhnlicher Grad von Aufmerksamkeit verlangt, als ein ungewöhnlicher Erfolg zur Schuld angerechnet wird, was durch das Gesetzbuch gewiß nicht aufgehoben werden sollte, obgleich schon Hermann [1]) eine Bestimmung darüber in demselben vermißt hat.

Endlich ist noch eine, von dem so eben genannten Schriftsteller ebenfalls berührte Frage zu beantworten; nehmlich, ob und in welchem Maaße die Bestimmungen

---

1) a. a. O. S. 91.

des C. G. Buchs über culpa auch auf die sogenannte culpa dolo determinata anzuwenden seien. Hermann zieht aus dem Umstande, daß Art. 32 „Mangel des rechtswidrigen Vorsatzes" voraussetzt, die Folgerung, daß bei der culpa dolo det. nur das concurrirende dolose Verbrechen, nicht aber das culpose in Betracht gezogen werden könne, weil es hier am rechtswidrigen Vorsatze nicht mangele. Allein dieser Einwand verschwindet, wenn man erwägt, daß der Art. 32 keine Begriffsbestimmung geben, sondern nur bestimmen will, welche Verbrechen auch bei bloßer Fahrlässigkeit bestraft werden können. Aus den hervorgehobnen Worten folgt daher weiter nichts, als daß, wenn ein doloses Verbrechen mit einer solchen culposen Rechtsverletzung concurrirt, die im Gesetze nicht ausdrücklich mit Strafe bedroht ist, nur die erstere bestraft werden könne. Außerdem treten die Grundsätze des Art. 48 über ideelle Concurrenz ein, denn daß die culpa dolo det. nicht unter Art. 31 subsumirt werden könne, ist in der vorigen Abhandlung gezeigt worden.

VIII.

Von der Theilnahme am Verbrechen.

(Zu Art. 33, 35, 36, 37, 38, 44, 45, 61, 2.)

Während das römische Recht, wenigstens nach der Ansicht der meisten Rechtslehrer, in der Regel alle Theilnehmer an einem Verbrechen mit gleicher Strafe — der des Urhebers — bedroht [1]), will das canonische und deutsche Strafrecht dieselben nach der verschiedenen Art ihrer Theilnahme „in einem Falle anders, als in dem andern" bestraft wissen [2]), und macht es daher zur Aufgabe der Wissenschaft und der Praxis, zu bestimmen, welche Theilnehmer mit gleicher Strafe, wie der Urheber, und welche mit gelinderer zu bestrafen seien. Dies hat nun zur Erweiterung des Begriffes „Urheber" [3]) geführt,

---

1) S. Wächter Lehrb. §. 88. Ausnahmen s. bei Stübel, Thatbest. d. Verbr. §. 41.

2) Cap. 6. X. de homicid. 5, 12. — C. C. C. Art. 177.

3) Streng genommen kann man allerdings nur den Urheber nennen, dessen Thätigkeit die unmittelbare und ausreichende Ursache des verbrecherischen Erfolgs enthält, also nur den sogenannten physischen Urheber, nicht auch den intellectuellen und den Miturheber. Denn dieser ist eben nur Mit-Urheber, jener aber Urheber des verbrecherischen Vorsatzes in dem (physischen) Urheber. Wollte man entferntere Ursachen des verbrecherischen Erfolges berücksichtigen, so müßte man am Ende auch z. B. die Eltern, welche ihren Sohn vernachlässigten, als culpose intellectuelle Urheber von dessen späteren Verbrechen betrachten.

indem man zwischen physischen und intellectuellen, alleinigen und Miturhebern unterschied, und hierauf den Schluß gründete, daß, wer nach dieser erweiterten Begriffsbestimmung als Urheber anzusehn sei, auch mit der Strafe eines Urhebers (der ordentlichen Strafe des Verbrechens) belegt werden müsse [1]), andere Theilnehmer aber, als Gehülfen und Begünstiger, nach dem Grade ihrer Theilnahme gelinder zu strafen seien.

Das C. G. B. läßt sich nun auf eine Begriffsbestimmung, wer Urheber und wer Gehülfe sei, nicht ein, sondern bestimmt bloß im fünften Capitel, verbunden mit Art. 44, 45, wer mit dem (physischen) Urheber gleiche Strafe zu erwarten habe, wer nicht. Hieraus ergiebt sich nun, was das Gesetzbuch in der Ueberschrift des Art. 33 und im Art. 44 unter gleicher Theilnahme verstehe. Es versteht darunter weder schlechthin eine solche, die auf einer gleichen Handlungsweise oder einer gleich kräftigen Mitwirkung zu dem Verbrechen beruht, noch auch eine gleich strafbare, sondern eine solche, die nach den Bestimmungen des Gesetzbuchs — nicht nach dem Dafürhalten des Richters über die Gleichheit des moralischen Verschuldens — unter der das Verbrechen selbst betreffenden Strafdrohung begriffen ist [2]). Hierbei ist aber eine Abstufung der Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafmaaßes nach dem Grade der gezeigten Böswilligkeit (Art. 42) eben so wenig ausgeschlossen, als bei der Bestrafung des alleinigen physischen Urhebers, und bei dieser Strafabmessung soll nach

1) Vgl. jedoch dagegen v. Wächter a. a. O. S. 151 und Abegg, Lehrb. S. 115.

2) Vgl. besonders die Wortfassung des Art. 36 und den Deputations-Bericht der ersten Kammer S. 57 im vierten Absatze.

Art. 44 hauptsächlich auch die größere oder geringere Mitwirkung zur Ausführung des Verbrechens in Betracht kommen.

Diejenigen Artikel, welche die directen Bestimmungen über gleiche Theilnahme im obigen Sinne enthalten, sind Art. 33 und 36. Ueber diese Artikel verbreitet sich der von der Deputation der ersten Kammer erstattete Bericht (S. 57 f.) ausführlich, und die in demselben ausgesprochenen Ansichten über die Tendenz dieser Artikel haben sowohl den Berathungen der ersten, als denen der zweiten Kammer zum Grunde gelegen, indem die Deputation der 2ten Kammer zu Art. 33 gar nichts erinnert, und zu Art. 36 nur die Aufnahme mehrerer Kategorien unter den Begriff der Verleitung beantragt hatte. Auch fand Art. 33 in der von der Deputation der 1sten Kammer vorgeschlagenen Fassung in beiden Kammern sofortige Annahme; bei Art. 36 wurde nur über die Aufnahme dieser und jener Kategorie debattirt, im Allgemeinen aber gegen die von der Deputation der 1sten Kammer ausgesprochenen Ansichten von keiner Seite etwas erinnert. Diese ersetzen daher die Stelle der Motiven zu dem Gesetze und werden daher bei dessen Interpretation hauptsächlich zu benutzen sein.

Vorzüglich brauchbar erweisen sie sich hierzu bei Art. 36 [1]). Wir sehen nehmlich aus dem Deputations-Berichte

---

1) Der Art. lautet: Diejenigen, welche Andre zu der Ausführung einer strafbaren That durch Gewalt, Drohung, Befehl, Auftrag, Versprechen oder Geben einer Belohnung, Ueberredung, absichtliche Erregung oder Benutzung eines Irrthums bestimmen, sind mit der dieser That gesetzlich angedrohten Strafe zu belegen. Es ist hierbei denselben jedes nicht ausdrücklich ausgenommene Verbrechen, welches als Mittel der Ausführung jener That nothwendig

(S. 57 im zweiten Absatze), daß man durch diesen Artikel die intellectuelle Urheberschaft treffen wollte, und sich einer Abänderung des Artikels enthielt, weil man denselben zu diesem Zwecke hinreichend fand. Schon hieraus ergiebt sich, daß der Richter keineswegs streng an die in den Artikel aufgenommenen Kategorien von Handlungen, welche als Mittel, Jemanden zu einem Verbrechen zu bestimmen, in Betracht kommen, gebunden sei, da diese Kategorien keineswegs direct alle möglichen Formen der intellectuellen Urheberschaft erschöpfen. Dies bestätigt sich aber noch mehr durch den Gang der Verhandlungen. Zwar hielt man es für nöthig, einige Kategorien hinzuzufügen, allein dies that man bloß, theils, um etwanigen Zweifeln zuvorzukommen [1]), theils, um das GB. für das Volk verständlicher zu machen [2]), also keineswegs in der Meinung, daß außerdem der Richter diese Kategorien nicht würde berücksichtigen dürfen; andrerseits wurde einigen vorgeschlagenen Kategorien die Aufnahme versagt, allein dabei ging man von der Voraussetzung aus, daß der intelligente Richter ohnehin wissen werde, wann er annehmen dürfe, daß Jemand den Andern zum Verbrechen bestimmt [3]) habe, und daß ihm hierzu

---

war, und jedes Verbrechen, welches als unvermeidliche Folge aus derselben entstanden ist, zuzurechnen.

1) Mittheilungen S. 394 Sp. 2.

2) Mittheilungen S. 2051 Sp. 2.

3) Mitthl. S. 2051 Sp. 2 am Ende. Sicherer würde freilich diese Absicht erreicht worden sein, wenn man von dem Würtembergschen Entwurfe, den man dabei offenbar vor Augen hatte, auch die Fassung entlehnt, und somit den allgemeinen Satz: Wer einen Andern zu dem Verbrechen bestimmt hat, ist mit der gesetzlichen Strafe zu belegen, vorausgeschickt, dann aber die einzelen Kategorien beispielsweise angehängt hätte.

schon das Wort „Verleitung", welches die Ueberschrift des Art. bilde, eine Anleitung geben werde [1]). So wenig hiernach einerseits derjenige als gleicher Theilnehmer wird bestraft werden können, der dem Andern einen Auftrag gab, von welchem er keine Folge erwarten durfte, weil der Andere den Umständen nach wissen mußte, daß dieser Auftrag nicht ernstlich gemeint sei; welchen dieser aber aufgriff, um damit ein Verbrechen zu entschuldigen, das er schon längst für sich selbst fest beschlossen hatte, zu dem er daher nicht erst durch jenen Auftrag bestimmt wurde, eben so wenig wird der mit der Strafe eines gleichen Theilnehmers zu verschonen sein, der sich zwar hütete, einen directen Auftrag zu geben, der aber einer von ihm ganz abhängigen Creatur, von der er wußte, daß sein leisester Wunsch ihr Befehl sei, seinen Wunsch zu erkennen gab, und hierdurch den Andern zum Verbrechen verleitete und bestimmte. Auf den Ausdruck Verleitung ist übrigens hierbei auch kein zu großes Gewicht zu legen; denn es können Fälle vorkommen, wo der intellectuelle Urheber der Verleiter ist [2]). Denken wir uns z. B. einen Banditen, der um des Lohnes willen seinen beleidigten Gönner so lange instigirt, bis dieser ihm erlaubt, ihn zu rächen, so zweifle ich keinen Augenblick, daß dieser Fall nach dem Sinne des Gesetzes und der Absicht des Gesetzgebers unter Art. 36 zu subsumiren sein würde, obwohl

1) Mittheilungen S. 396 Sp. 1.

2) Der Ausdruck Verleitung hat dasselbe gegen sich, wie der Ausdruck Anstifter, dessen sich andere Gesetzgebungen zur Bezeichnung des intellectuellen Urhebers bedienen. Bei beiden Ausdrücken denkt man an ein Benehmen, wodurch der intellectuelle Urheber noch in höherem Grade strafbar wird, als der physische, was doch zum Begriffe des intellectuellen Urhebers keineswegs erforderlich ist.

auf denselben die Ueberschrift nicht paßt. Denn ohne die gegebene Erlaubniß — in welcher das stillschweigende Versprechen des gewöhnlichen Lohnes von selbst inbegriffen war — würde Jener das Verbrechen, an dem er sonst gar kein Interesse hatte, nicht begangen haben, er ward also durch diese Erlaubniß dazu bestimmt. Ob der physische Urheber leicht, oder schwer zu dem Verbrechen vermocht wurde, ob er an demselben ein eignes Interesse nahm, oder nicht, kann zwar als Strafzumessungsgrund für beide Theile in Betracht kommen, macht aber in Hinsicht auf den Begriff der intellectuellen Urheberschaft, mithin auch der gleichen Theilnahme im Sinne des Art. 36 keinen Unterschied. Bei dieser kommt es nach dem alten Satze: quod quis per alium fecit, ipse fecisse putatur, nur darauf an, daß der auctor den verbrecherischen Erfolg wollte [1]), und sich des Thäters als des Mittels zur Ausführung seines Willens bediente.

Hieraus ergiebt sich zugleich, welcher Einfluß der rechtzeitigen Zurücknahme des Auftrages, Befehles u. s. w. beizulegen sei. War diese Zurücknahme eine ernstliche und wurde das aufgetragene Verbrechen nunmehr von dem Beauftragten im eigenen Interesse ausgeführt, so erleidet nur dieser die gesetzliche Strafe, der Auftraggeber könnte höchstens nach Art. 30 mit der Strafe des Versuchs belegt werden, insofern äußere Umstände, nicht freier Wille, ihn zur Zurücknahme des Auftrages bewogen hätten; war die Zurücknahme des Auftrages nur eine scheinbare, so kann dies natürlich in der Bestrafung des Auftraggebers nichts ändern; war sie ernstlich gemeint,

---

1) Vgl. jedoch unten S. 70.

wurde aber von dem Beauftragten nicht für ernstlich gehalten, so würde ein Fall culposer intellectueller Urheberschaft vorliegen.

Ueber culpose intellectuelle Urheberschaft, die noch in verschiedenen anderen Formen vorkommen kann (z. B. wenn der Auftraggeber seinen Entschluß zu einer Zeit änderte, wo die Verhütung des Verbrechens noch möglich war, diese aber durch zufällige Umstände verhindert wurde [1]), oder wenn A. dem B. irrthümlich versicherte, daß das, wonach dieser schießen will, ein Stück Wild sei, während es ein Mensch war), enthält das Gesetzbuch zwar keine besonderen Bestimmungen, vielmehr ist im Art. 36 bei den Worten „Erregung oder Benutzung eines Irrthums" ausdrücklich das Wort „absichtliche" hinzugefügt. Allein der Artikel spricht auch nur von solchen Fällen, die mit der gleichen Strafe, wie das dolose Verbrechen, belegt werden sollen, schließt also die gelindere Bestrafung eines culpos veranlaßten Irrthums nicht aus. Auch Art. 32 scheint nicht entgegenzustehen; denn sein Sinn ist, daß nur bei gewissen benannten Verbrechen die culpa bestraft werden solle, nicht aber, daß auch nur gewisse Arten der culpa (nicht zu verwechseln mit den Graden derselben; s. d. vor. Abh.) der Bestrafung unterliegen. Es folgt also daraus nur so viel, daß culpose intellectuelle Urheberschaft nur bei dem bestraft werden könne, welcher dadurch einen Andern zu dem Verbrechen der Körperverletzung, der Tödtung, der Brandstiftung

1) Der Würtemb. Entw. Art. 71 läßt hier die Strafe des Versuchs eintreten, womit aber noch nicht gesagt ist, daß er den Fall als einen Versuch betrachte. Vgl. über culpose intell. Urh. überhaupt Abegg a. a. O. S. 114.

und anderen in Artt. 171—181 genannten gemeingefährlichen Verbrechen bestimmte.

Nicht jede von dem Beauftragten verübte strafbare That soll übrigens dem Auftraggeber zur Strafe zugerechnet werden, sondern nur

a) diejenige, welche ihm von dem Anstifter ausdrücklich geheißen wurde;

b) jedes nicht ausdrücklich ausgenommene Verbrechen, welches als Mittel zur Ausführung jener That nothwendig war;

c) jedes Verbrechen, welches als unvermeidliche Folge aus derselben entstanden ist. (Art. 36 am Ende.)

Bei b) ist zu bemerken, daß als nothwendiges Mittel nicht bloß dasjenige betrachtet werden kann, dessen Nothwendigkeit der Anstifter voraussah; denn die ausdrückliche Ausnahme eines solchen Mittels würde der Zurücknahme des Auftrages gleichstehn, sondern auch dasjenige, welches durch die bei der Ausführung des Auftrages, Befehles u. s. w. obwaltenden Umstände nothwendig wurde, z. B. bei aufgetragener Entführung die Körperverletzung oder Tödtung der sich widersetzenden Anverwandten; obwohl es bisweilen sehr hart sein kann, dem Auftraggeber Verbrechen zum dolus anzurechnen, die durch ganz unerwartete Umstände zur Ausführung seines Auftrages nothwendig wurden. Jedenfalls wird hier bei der Strafabmessung darauf zu sehen sein, ob der Beauftragte nach den ihm bekannten Gesinnungen und Absichten des Auftraggebers annehmen durfte, daß der Auftrag auch unter so ungünstigen Umständen ausgeführt werden solle.

Bei c) ist das Wort „derselben" nicht auf das Wort „Ausführung", sondern auf das Wort „That"

zurückzubeziehen, wie insbesondere aus dem Art. 70 des Würtembergschen Entwurfes, welcher bei unserm Artikel vorgeschwebt zu haben scheint, sich ergiebt. Auch würde es hart sein, dem Auftraggeber alle Folgen zum dolus zuzurechnen, welche der Beauftragte durch ungeschickte Ausführung des Auftrages herbeiführte; und würde man dem Worte „unvermeidliche Folgen" eine zu weite Ausdehnung geben, wenn man darunter alle diejenigen Folgen verstehen wollte, die durch die besondere Handlungsweise des Beauftragten unvermeidlich wurden.

Ob aber bei einer solchen Ueberschreitung des Auftrages von demjenigen Verbrechen, welches über den Auftrag hinausging, bei der Bestrafung des Anstifters ganz abzusehen sei, ist eine andere Frage. Offenbar kann diesem auch hierbei eine sehr große culpa zur Last fallen, insofern er voraussehen konnte, daß der Beauftragte nicht mit der zartesten Schonung und Rücksicht verfahren werde. Es tritt dann also jene Concurrenz von dolus und culpa ein, welche man culpa dolo determinata zu nennen pflegt.

Während uns bei der Interpretation des Art. 36 die Berücksichtigung der Vorgänge gute Dienste leistete, sehen wir uns dadurch bei dem Art. 33 in Schwierigkeiten verwickelt, die bei der bloßen Einsicht des Gesetzes nicht hervortreten.

Art. 33 lautet:

> Haben mehrere Personen nach vorgängiger ausdrücklicher Verabredung oder stillschweigender Uebereinkunft gemeinschaftlich eine verbrecherische Handlung ausgeführt, so ist einem Jeden von ihnen die That ganz beizumessen.

Eine gleiche Zurechnung der That findet bei denjenigen statt, welche das Verbrechen gemeinschaftlich mit dem Thäter beschlossen, und entweder vor der Ausführung Beihülfe dazu geleistet haben, oder bei der Vollbringung gegenwärtig gewesen sind.

Damit ist übrigens Art. 37 zu verbinden:

Im minderen Grade strafbar machen sich diejenigen, welche entweder eine verbrecherische That mit Anderen verabreden, oder zu der Verübung eines von Anderen beschlossenen Verbrechens Rath und Anschlag geben, oder Beihülfe dazu leisten, ohne jedoch an der Ausführung selbst auf irgend eine Weise Theil zu nehmen.

Halten wir uns nun bloß an die Worte des Gesetzes, so scheint es, daß ausdrückliche Verabredung und stillschweigende Uebereinkunft einander in ihren Wirkungen ganz gleichgeachtet werden, den gemeinschaftlichen Gegensatz zu beiden Begriffen aber der gemeinschaftliche Beschluß des Verbrechens bilde. Hiernach würde unter der Verabredung und Uebereinkunft nicht bloß eine solche zu verstehen sein, welche auf das Verbrechen selbst, als den von jedem Theilnehmer gewollten Zweck seines Handelns, gerichtet wäre (Complott), sondern auch eine solche, die sich nur auf die Art und Weise der Hülfleistung bei einem fremden, von Anderen beschlossenen Verbrechen bezieht, eine Verabredung und Uebereinkunft, wie sie freilich, sei es in ausdrücklichen Worten, oder stillschweigend, bei jeder Theilnahme an einem gemeinsamen Verbrechen vorkommen muß.

Hiernach wäre nun der Sinn des Art. 33 folgender:

Wer an der Ausführung des Verbrechens selbst Theil genommen hat, wird als gleicher Theilnehmer behandelt, wenn er auch nicht das Verbrechen als sein eigenes mit beschlossen hatte, sondern nur im ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständniß mit den Urhebern das von diesen beschlossene, für ihn fremde Verbrechen befördern wollte (Art. 33 im ersten Satze und Art. 37 am Ende).

Wer bloß vor der That Beihülfe geleistet hat, oder bei der That bloß gegenwärtig gewesen ist, gilt als gleicher Theilnehmer, wenn er dieselbe mit beschlossen hat, sonst aber nur als ungleicher Theilnehmer (Art. 33 im zweiten Satze und Art. 37).

Diese Erklärung empfiehlt sich durch Einfachheit, und dadurch, daß sie das Gerechtigkeitsgefühl befriedigt, mit der Theorie ziemlich im Einklange steht, und zwischen Art. 33 und 37 eine vollkommene Uebereinstimmung herstellt.

Betrachtet man aber die Vorgänge, so erheben sich dagegen mancherlei Zweifel.

Der Entwurf des Gesetzbuches (in welchem der zweite Absatz des Art. 33 (32 d. Entw.) fehlt) nimmt sowohl die ausdrückliche Verabredung als die stillschweigende Uebereinkunft ganz gleichbedeutend mit dem gemeinschaftlichen Beschlusse des Verbrechens. Dies ergiebt sich aus der Vergleichung des Art. 32 des Entw. mit Art. 34 desselben, wo gesagt wird, daß, wenn von Einem oder mehreren solchen Theilnehmern (wie sie Art. 32 durch die Worte „nach vorgängiger ausdrücklicher Verabredung oder stillschweigender Uebereinkunft“ bezeichnet) bei der Ausführung des beschlossenen Verbrechens noch ein anderes Verbrechen begangen wurde, denjenigen,

welche an der Verübung des letzteren keinen Theil genommen haben, nur das früher beschlossene Verbrechen zur Last falle. Dadurch geräth nun freilich Art. 32 des Entw. mit Art. 36 desselben in Widerspruch, insofern man unter dem Worte „ausführen" in dem ersteren Artikel dasselbe versteht wie unter den Worten „bei der Ausführung des Verbrechens selbst persönlich mitwirken" in dem letzteren. Denn hier wird indirect angeordnet, daß auch der, welcher zu der Ausführung eines von Anderen beschlossenen Verbrechens selbst persönlich mitgewirkt hat, als gleicher Theilnehmer zu bestrafen sei. Um diesen Widerspruch zu lösen, mußte man das Wort „ausführen" im Art. 32 in einem weiteren Sinne nehmen, in welchem es auch sämtliche Vorbereitungshandlungen, welche zur Ausführung des Verbrechens gehören, umfaßt [1]), und es gab hiernach Art. 32 des Entwurfs in Verbindung mit Art. 36 ganz den nehmlichen Sinn, welchen wir oben als den Wortsinn von Art. 33 mit 37 des GB. bezeichnet haben.

So ist indeß der Entwurf von der Deputation der 1sten Kammer nicht verstanden worden. Sie vermißte vielmehr in demselben eine Bestimmung darüber, wie diejenigen zu bestrafen seien, „welche zwar das Verbrechen mit beschlossen, aber dann nur Beihülfe geleistet hätten, ohne bei der Haupthandlung mitzuwirken; z. B. wenn Jemand die Vergiftung mit verabredet, und in Folge dessen das Gift verschafft habe." In diesem Falle — heißt es im Bericht S. 58 f. —

1) Daß im Art. 36 (37 des GB.) das Wort Ausführung in einem engeren Sinne zu nehmen sei, scheint schon die ganze Fassung, und namentlich die Beifügung des Wortes „selbst" anzudeuten.

müsse wenigstens die vor und bei der That geleistete Beihülfe der gleichen Theilnahme gleichgeachtet werden. Daß neben der ausdrücklichen Verabredung auch stillschweigende Uebereinkunft für genügend zum Begriff der gleichen Theilnahme erklärt sei, erscheine zwar an sich sachgemäß, allein auch bei der nach vorhergegangenem Complotte vor der That geleisteten Beihülfe die stillschweigende Uebereinkunft der ausdrücklichen Verabredung gleichzustellen, scheine bedenklich, weil bei jeder strafbaren Beihülfe wenigstens eine Mitwissenschaft des Hülfeleistenden vorausgesetzt werde.

Auf diese Motiven gestützt schlug nun die Deputation denjenigen Zusatz vor, welcher, abgesehn von den erst bei der endlichen Redaction des Gesetzes hinzugefügten Worten: „oder bei der Vollbringung gegenwärtig gewesen sind" und anderen gleichgültigen Redactionsveränderungen, nach sofortiger Annahme in beiden Kammern, als der zweite Abschnitt des Art. 33 in das Gesetz aufgenommen worden ist.

Hieraus scheint sich nun so viel unzweifelhaft zu ergeben:

1) daß man dem Worte „ausgeführt" im Art. 33 keinen andern Sinn untergelegt habe, als den Worten „zu der Ausführung selbst persönlich mitgewirkt" im Art. 37;

2) daß man die Worte: „Complott" — „gemeinsamer Beschluß des Verbrechens" — und „ausdrückliche Verabredung" ebenfalls als völlig gleichbedeutend betrachtet, und ihnen nur die stillschweigende Uebereinkunft entgegengesetzt habe.

Ja, es scheint nach dem Schlusse der oben mitgetheilten Motive, daß man den Sinn der Worte „Complott,“ „gemeinsch. Beschluß des Verbr.,“ so weit ausgedehnt habe, darunter auch den Fall zu begreifen, wenn Einer nur seine Beihülfe zu einem fremden, von Andern beschlossenen Verbrechen, zugesagt, und in dieser Beziehung eine ausdrückliche Verabredung getroffen hat (z. B. wenn ein Schlosser mit den Räubern verabredete, wohin er die bestellten Nachschlüssel und Brecheisen bringen solle). Dafür scheint noch mehr zu sprechen, daß man es bedenklich fand, die Beihülfe nach der That auch bei gemeinschaftlichem Beschlusse derselben als gleiche Theilnahme zu betrachten, und daß die von der Deputation zu Art. 37 (38 des GB.) vorgeschlagene Bestimmung

Begünstiger, welche die hier erwähnten Handlungen dem Verbrecher vor der That zugesagt haben, sind den ungleichen Theilnehmern gleichzuachten

in den S. 61 des Berichts ersichtlichen Motiven ausdrücklich mit diesem Bedenken in Verbindung gebracht wird.

Allein letzteres kann man unmöglich als den Willen des Gesetzgebers betrachten, denn abgesehn davon, daß dadurch zwei wesentlich verschiedene Fälle mit einander vermengt werden würden, so geriethe man dadurch in die offenbarsten Widersprüche zwischen Art. 33 und 37. Denn dieselben Personen, welche bei einer solchen Erweiterung des Begriffs „gemeinschaftlicher Beschluß“ nach Art. 33 zu den gleichen Theilnehmern zu rechnen wären, würden hiernach im Art. 37 als ungleiche Theilnehmer, und im minderen Grade strafbar bezeichnet werden. Man könnte sich hierbei auch nicht etwa dadurch helfen,

daß man bei Art. 37 nur eine auf stillschweigender Uebereinkunft beruhende Beihülfe vor der That, oder eine auf gleichzeitiger, nicht vorausgehender Verabredung beruhende voraussetzte. Denn Rath und Anschlag setzen stets eine vorausgehende und ausdrückliche Verabredung in diesem weiteren Sinne voraus, auch muß jede Verabredung oder Uebereinkunft wegen zu leistender Beihülfe vor der That der Natur der Sache nach eine der That selbst vorhergehende sein.

Es bleibt also nichts übrig, als dem Worte „ausdrückliche Verabredung" im Art. 33 eine eben so enge Bedeutung beizulegen, wie das Wort „gemeinsamer Beschluß" und „Complott" schon an sich hat, und darunter, mit dem Entwurfe, eine das Verbrechen selbst, als Zweck der Verbündeten, betreffende, aus dem auf das Verbrechen im eignen Interesse jedes Theilnehmers gerichteten Willen derselben hervorgehende Verabredung zu verstehen.

Hieraus ergeben sich nun folgende Resultate.

a) Wer das Verbrechen ausdrücklich mit beschlossen hat, wird als gleicher Theilnehmer angesehn, er möge nun bei der Haupthandlung mitgewirkt (Art. 33 im 1. Satze), oder bloß vor der That Beihülfe geleistet haben, oder auch bloß bei der Vollbringung gegenwärtig gewesen sein.

b) Wer aber bloß an einem fremden Verbrechen Theil genommen, und nur wegen dieser seiner Beihülfe eine vorgängige Verabredung mit den Urhebern desselben getroffen hat, gilt

aa) als gleicher Theilnehmer, wenn er an der Haupthandlung selbst Theil genommen (Art. 37 am Ende),

bb) als ungleicher Theilnehmer, wenn er mit Rath und Anschlag oder sonstiger Beihülfe vor (Art. 37) oder

nach der That (Art. 38 im zweiten Satze) die Urheber unterstützt hat.

c) Wer nur eine stillschweigende Uebereinkunft mit den Thätern des Verbrechens getroffen hat, gilt ebenfalls

aa) als gleicher Theilnehmer, wenn er zu der Haupthandlung selbst mitgewirkt hat (Art. 33 und 37 am Ende),

bb) als ungleicher Theilnehmer, wenn er vor der That Beihülfe geleistet hat, wegen

cc) einer nach der That erst geleisteten Beihülfe aber als Begünstiger;

es möge nun jene stillschweigende Uebereinkunft auf das Verbrechen selbst, als in dem eigenen Willen und verbrecherischen Vorsatze des stillschweigend Verbündeten begründet, oder nur auf Beihülfe zu demselben gerichtet sein.

Es fehlt hiernach eine ausdrückliche Bestimmung über denjenigen, der das Verbrechen selbst mit ausdrücklich beschlossen, allein thätige Beihülfe nur nach demselben geleistet hat. Da er indeß von der gleichen Theilnahme nach der Wortfassung des Art. 33 und nach dessen Motiven ausgeschlossen ist, so kann er ebenfalls nur als ungleicher Theilnehmer bestraft werden, es müßten denn durch ihn die Andern zu dem Verbrechen bestimmt worden sein, wo er unter Art. 36 fallen würde.

Eben so ist nach Art. 37 derjenige zu bestrafen, der eine verbrecherische That mit Andern verabredet hat, ohne bei der Ausführung irgend eine Mitwirkung zu äußern. Man muß diese Bestimmung den Worten gemäß auf Verabredung der That selbst beschränken, und darf dieselbe keineswegs auf eine Verabredung der Beihülfe

ausdehnen. Denn ist die bloße Verabredung der That selbst minder strafbar, als die thätige Mitwirkung in Folge einer solchen Verabredung, so wird auch die bloße Zusage einer Beihülfe minder strafbar sein, als deren Leistung, mit welcher die Verabredung der That im Art. 37 gleichgestellt wird. Man hat hier in Ermangelung einer bebesondern Bestimmung die Analogie des Art. 28 und 30 anzuwenden, wonach Zusage der Beihülfe, wenn diese später wegen äußerer Hindernisse unterlassen wurde, mit einem Drittel der auf die geleistete Beihülfe gesetzten Strafe oder mit einem Neuntel der auf das Verbrechen gesetzten, zu ahnden sein wird.

Ich verkenne es keineswegs, daß obige Theorie der Empfehlungen entbehrt, welche oben der aus der bloßen Einsicht des Gesetzbuches hervorgehenden Erklärung vindicirt wurden. Allein wir sind einmal auf die Absicht des Gesetzgebers als das den Sinn des Gesetzes Bestimmende hingewiesen, und ich würde mich sehr freuen, wenn ein Andrer mir den Faden nachwiese, der aus dem Labyrinthe der gesetzgeberischen Ansichten, welche auf die fraglichen Bestimmungen eingewirkt haben, auf graderem und kürzerem Wege hinausführt.

Es sind indeß noch einige Bemerkungen hinzuzufügen, zu welchen der specielle Inhalt obiger Bestimmungen veranlaßt.

Zuvörderst darf man auf das Wort „vorgängige" (Verabr. oder stillsch. Uebereinkunft) im Art. 33 kein besondres Gewicht legen. Schon an sich würde es schwer sein, zu bestimmen, wo die Grenze sei zwischen dem Vorgängigen und dem Gleichzeitigen. Selbst wer im Augenblicke der That noch sich zur Theilnahme ent-

schließt, und den Thätern seine Unterstützung gewährt, hat immer noch eine vorgängige Uebereinkunft mit ihnen getroffen, es wäre denn, daß zu der Zeit seiner Theilnahme die That schon geschehen wäre. Alsdann fände bloß eine nachfolgende Theilnahme statt, und bei dieser kommt es nach Art. 38 allerdings darauf an, ob sie vor der That bereits zugesagt wurde, oder nicht. Man würde aber auch mit Art. 37 in Widerspruch gerathen, wenn man wegen des Wortes „vorgängige" im Art. 33 eine Verabredung erfodern wollte, welche dem Beginne der Ausführung vorausgeht, denn im Art. 37 wird eine solche vorgängige Abrede oder Uebereinkunft offenbar nicht vorausgesetzt, und gleichwohl sind nach demselben diejenigen, die bei der That selbst mitwirken, ebenfalls für gleiche Theilnehmer zu achten. Hätte gar keine Uebereinkunft stattgefunden, so könnte eigentlich von einer Theilnahme, und einem gemeinschaftlichen Verbrechen gar nicht die Rede sein. Denn haben z. B. zwei, ein Jeder für sich allein, und ohne von dem Andern etwas zu wissen, die Ermordung des A beschlossen, treffen dann Beide bei der Ausführung ihres Vorsatzes zufällig zusammen, und handelt dann jeder für sich, ohne sich um den Andern zu bekümmern, so liegen offenbar zwei ganz getrennte Verbrechen vor. Jeder ist dann nur für das verantwortlich, was er gethan hat. Hat also der Eine dem A eine tödtliche, der Andere eine nicht tödtliche Wunde beigebracht, so ist jener wegen Mordes, dieser wegen Mordversuches zu strafen. Diese Grundsätze finden ihre Bestätigung durch die speciellen Bestimmungen über das Verbrechen des Mordes Art. 122 und 124, nur daß in dem letzteren Art. (Tödtung im Handgemenge) für

den Fall, daß sich der Urheber der tödtlichen Wunde nicht ermitteln läßt, eine außerordentliche Bestrafung angeordnet ist.

Die ausdrückliche Verabredung oder stillschweigende Uebereinkunft braucht grade nicht auf ein specielles, nach Ort, Zeit und Object bestimmtes Verbrechen gerichtet zu sein; vielmehr genügt die Uebereinkunft, Verbrechen einer bestimmten Art bei sich darbietender Gelegenheit gemeinschaftlich zu verüben. Namentlich wollte man durch Aufnahme der stillschweigenden Uebereinkunft die Mitglieder von Banden treffen, unter denen eine ausdrückliche Verabredung zu jedem einzelen Verbrechen selten stattfindet, und denen eine solche selbst im Allgemeinen in der Regel nicht nachgewiesen werden kann. (Ang. Bericht S. 58, 2.) Hier kommt nun aber vorzugsweise die Bestimmung Art. 35 zur Anwendung. Es kommt nehmlich darauf an, welche Art von Verbrechen als in der stillschweigenden Uebereinkunft begriffen betrachtet werden könne. Haben einzele Mitglieder der verbrecherischen Verbindung unter dem Schutze der von den Andern erwarteten Mitwirkung ein schwereres, oder auch das verabredete Verbrechen in einem höheren Grade begangen (Bericht d. 1. K. zu Art. 34 S. 59), so kann dieses den Andern nicht als gleichen Theilnehmern zugerechnet werden, wohl aber zur culpa [1]).

Daß unter dem Worte „ausführen" bloß vorbereitende Handlungen nicht mit zu verstehen seien, ist schon oben erwiesen worden; andrerseits wird man aber dessen Sinn auch nicht auf die Vollziehung der den Be-

1) S. oben S. 70 u. 72.

griff des Verbrechens constituirenden Haupthandlung beschränken können, denn wer diese vollzogen hat, ist physischer Urheber des Verbrechens, für ihn bedurfte es keiner besonderen Strafdrohung (Dep. Bericht S. 57) [1]. Es wird also darunter jede gleichzeitige Mitwirkung bei der That zu begreifen sein; nur darf diese nicht in der bloßen Gegenwart bei dem Verbrechen bestehen, da diese im zweiten Satze des Art. 33 der Ausführung entgegengesetzt wird.

Hierdurch wird es nun allerdings schwierig, den Begriff der Theilnahme an der Ausführung zu bestimmen. Denn wollen wir unter der am Ende des Art. 33 erwähnten „Gegenwart bei der Vollbringung" keine bloß zufällige, oder wohl gar gezwungene verstehen, was doch auf keinen Fall die Absicht des Gesetzgebers sein kann, so wird dieselbe wohl stets mit einer Mitwirkung zur Ausführung des Verbrechens verbunden sein, möge nun diese darin bestehen, daß der Gegenwärtige als ein Aufpasser (und diesen Dienst wird er gelegentlich stets verrichten, wenn er das Verbrechen selbst mit beschlossen hat) den Verbrechern größere Sicherheit einflößt, oder daß er als Reserve zur Theilnahme bereit ist, wenn die Andern deren bedürfen sollten, oder daß er sie nach der That unterstützen will, und hierdurch ebenfalls indirect das Verbrechen, dessen Zwecke ohne eine solche nachträgliche Unterstützung vereitelt werden würden, und das daher, wenn die Verbrecher auf diese nicht rechnen könnten, unterbleiben würde, befördert [2].

---

1) Vgl. auch Art. 122 und weiter unten S. 85 f.

2) Von dem Fall, wo der Gegenwärtige der Anführer ist, der die Andern für sich handeln läßt, sehe ich ab, da er unter Art. 36 fällt.

Will man nun den Begriff der „bloßen Gegenwart" nicht zu einem ganz leeren, und dadurch den bei der Redaction des Artikels beliebten Zusatz zu einem ganz müßigen machen, so muß man zum Begriffe der Ausführung außer dieser Gegenwart irgend eine positive Thätigkeit bei dem Verbrechen, z. B. Rathertheilung, Beschäftigung der Personen, welche die Ausführung stören könnten, Herbeischaffung von Instrumenten (Leitern u. dgl.) und ähnliche Handlungen verlangen. Wer bloß Wache gestanden hat, oder zur Fortschaffung der entwendeten Sachen u. dgl. gegenwärtig gewesen ist, wird nur dann als gleicher Theilnehmer bestraft werden können, wenn dies in Folge „ausdrücklicher Verabredung der That," und „gemeinsamen Beschlusses" derselben geschehn ist.

Endlich ist zu gedenken, daß nach Art. 61, 2 derjenige Theilnehmer, der die übrigen Mitschuldigen durch Mißbrauch des nach seinen Verhältnissen zu selbigen ihm zustehenden Einflusses zu dem gemeinschaftlich verübten Verbrechen verleitet hat, auch mit den nach Art. 8 und 12 zulässigen Schärfungen belegt werden kann. Es scheint aber diese Bestimmung nicht bloß einen vorübergehenden Einfluß auf die Entschlüsse der Mitschuldigen, wie er bei jedem Anstifter vorhanden ist, sondern die Existenz eines dauernden persönlichen Verhältnisses zu den Mitschuldigen vorauszusetzen, welches an und für sich einen rechtmäßigen Einfluß auf dieselben begründet (z. B. das Verhältniß des Vaters, Ehemannes, Brodherren), der aber im vorliegenden Falle zur Verleitung zu Verbrechen gemißbraucht wurde. Denn der Mißbrauch setzt die Möglichkeit eines rechtmäßigen Gebrauches voraus, auch kann

man einen bloß in Beziehung auf das zu verübende Verbrechen angemaaßten Einfluß nicht einen dem Anstifter zustehenden nennen.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß alle in dieser Abhandlung vorgetragene Regeln und Grundsätze, wie überhaupt alle Anordnungen des allgemeinen Theils des GB., nur in so weit zur Anwendung kommen, als nicht im speciellen Theile über die Theilnahme an gewissen Verbrechen besondere Vorschriften vorhanden sind. Dergleichen Bestimmungen finden sich in mannichfacher Beziehung. Bei einigen Verbrechen bildet die Theilnahme Mehrerer an und für sich einen erschwerenden Umstand für alle Theilnehmer, wie bei der Körperverletzung Art. 132, 2, b, der Nothzucht Art. 159, dem Raube Art. 163, 2, der Brandstiftung Art. 171, 4. Zuweilen bildet auch die Verabredung zu gesetzwidrigen Handlungen, oder die Verleitung zu dergl. Handlungen ein besonderes Verbrechen, wie nach Art. 83, 110, 95, 108. In allen diesen Fällen werden aber demungeachtet die Bestimmungen des Art. 33 ff. doch immer noch eine subsidiarische Anwendbarkeit behaupten. Eine directe Ausnahme von denselben findet sich aber bei dem Verbrechen des Mordes, und der Abtreibung der Leibesfrucht (Art. 122, 128).

Wenn nehmlich nach Art. 122 diejenigen, welche sich zur Verübung einer Mordthat vereinigt, und solche gemeinschaftlich ausgeführt haben, ohne Berücksichtigung, von wem die tödtliche Verletzung dem Ermordeten zugefügt wurde, insgesamt mit der Todesstrafe belegt werden sollen, so entspricht zwar diese Bestimmung dem ersten Satze des Art. 33 vollkommen, nicht aber dem zweiten Satze dieses Artikels, und der im Art. 37 zu Ende enthaltenen Bestim-

mung. Diese letzteren Bestimmungen demungeachtet auch auf das Verbrechen des Mordes anzuwenden, würde um so bedenklicher sein, da ja Art. 33 und 37 nicht eine absolut gleiche Bestrafung derer, die nach vorgängigem gemeinsamen Beschlusse des Verbrechens bloß vor der That Beihülfe leisten, aber ohne Theilnahme am Beschlusse zu der Ausführung selbst persönlich mitwirken, gebietet, sondern nach Art. 44 eine Abstufung der Strafe gestattet, welche bei dem Verbrechen des Mordes, da es mit einer absoluten Strafe — der Todesstrafe — bedroht ist, unmöglich wäre. Hier wird man also in der Bestrafung der unter Art. 33 im zweiten Satze und Art. 37 zu Ende fallenden Personen bloß bis zu 20jähriger Zuchthausstrafe ersten Grades hinaufgehn können.

Bei der Abtreibung der Leibesfrucht aber sollen auch diejenigen, die einer Schwangeren dazu bloß behülflich gewesen sind, als gleiche Theilnehmer an dem Verbrechen bestraft werden.

IX.

Von der Concurrenz der Verbrechen.

(Zu Art. 48 — 57.)

Die leitenden Grundsätze für die Concurrenz der Verbrechen sind im Art. 48 und 49 enthalten.

Hat Jemand durch eine und dieselbe Handlung mehrere Verbrechen begangen, so ist die schwerste der verschiedenen Strafen, nach richterlichem Ermessen unter Schärfung derselben, in Anwendung zu bringen (Art. 48 — ideelle Concurrenz).

Wenn der Verbrecher durch mehrere Handlungen, welche nicht als Fortsetzung eines und desselben Verbrechens anzusehn sind, sich mehrerer Verbrechen schuldig gemacht hat, so sind in der Regel die sämtlichen durch die verschiedenen Verbrechen verwirkten Strafen gegen ihn zu erkennen (Art. 49 — materielle Concurrenz).

Sind diese verschiedenen Strafen auch ihrer Art nach verschieden, so wird bei concurrirender Todes- oder lebenswieriger Zuchthausstrafe auf die übrigen concurrirenden Strafen (mithin auch auf Geldstrafen) keine Rücksicht genommen. Concurrirende Freiheitsstrafen [1]) verschiedener Art aber sind nach den Art.

1) Dahin gehören in dieser Beziehung auch alternativ zu-

53 — 56 aufgestellten Regeln auf die schwerste Art derselben zu reduciren, wobei auch das Art. 17 für die Dauer jeder Strafart festgesetzte Maximum überschritten werden kann. (Art. 52, 53 ff.)

Was im Art. 48 unter Schärfung der Strafe zu verstehn sei, ist schon oben [1]) erörtert worden; hier ist nur noch zu bemerken, daß das Zusammentreffen des schwereren Verbrechens mit einem in derselben Handlung enthaltenen leichteren dann, wenn das schwerere mit einer (relativ) unbestimmten Strafe bedroht ist, auch einen erschwerenden Strafzumessungsgrund abgeben müsse.

Ob die verschiedenen concurrirenden Verbrechen durch eine, oder durch mehrere Handlungen verübt worden seien, kann oft sehr zweifelhaft erscheinen, und wird jedesmal nach den besonderen Umständen des concreten Falles entschieden werden müssen. Nur so viel ergiebt sich aus der Vergleichung des Art. 48 mit Art. 49, daß mehrere Handlungen dann als eine zu betrachten, mithin nach Art. 48, nicht nach Art. 49 zu beurtheilen sind, wenn die späteren eine Fortsetzung des durch die früheren begangenen Verbrechens enthalten. Wir werden hier auf den Begriff des fortgesetzten Verbrechens verwiesen, der bekanntlich einer der streitigsten und am wenigsten ausgebildeten im Criminalrechte ist. Es würde über den Zweck

---

erkannte oder angedrohte. (S. Art. 55 und Abh. III. S. 27 A.) Pure angedrohte Geldstrafen müssen, da eine Reduction derselben im Gesetze nicht angeordnet ist, neben den concurrirenden Freiheitsstrafen exequirt werden, wie dies auch der früheren Praxis gemäß ist; sie müßten denn nach den besonderen Bestimmungen des Art. 21 einer nothwendigen Verwandlung in Gefängnißstrafe unterliegen (s. oben Abh. III. S. 33).

1) Abh. II. S. 19.

gegenwärtiger Abhandlungen hinausgehen, hier eine wissenschaftliche Begrenzung desselben versuchen zu wollen; ich muß mich daher begnügen, auf die betreffenden Abhandlungen von Mittermaier [1]) zu verweisen, jedoch nicht, ohne vor einem Mißverständnisse zu warnen, welches aus der unbedingten Anwendung der Mittermaierschen Theorien auf unser Gesetzbuch hervorgehn könnte. Mittermaier setzt nehmlich bei dem Begriffe eines fortgesetzten Verbrechens, indem er ihn im Gegensatze des wiederholten Verbrechens betrachtet, Uebertretungen eines und desselben Strafgesetzes voraus, und scheint mithin Uebertretungen verschiedener Strafgesetze, wenn sie auch aus einem und demselben Entschlusse hervorgegangen sind, und als Bestandtheile einer und derselben That erscheinen, davon gänzlich auszuschließen. Diese Beschränkung liegt aber keineswegs im Sinne unseres Gesetzbuchs. Die Worte des Art. 49 sind allerdings in dieser Beziehung nicht ganz klar, denn unter „mehreren Verbrechen" kann man eben so gut mehrere Uebertretungen desselben, als mehrere Uebertretungen verschiedener Strafgesetze verstehen. Ebenso kann mit dem Ausdrucke „ein und dasselbe Verbrechen" eben so gut die Einheit der Handlung und der Gesetzübertretung, als erstere allein, bezeichnet werden. Ersteres wäre dem wissenschaftlichen Sprachgebrauche gemäßer, der bei dem Worte „Verbrechen" an einen abstracten, gesetzlich bestimmten Begriff zu denken gewohnt ist, letzteres würde mehr dem gewöhnlichen Sprachgebrauche entsprechen, der sich um die gesetzlichen oder wis-

1) im n. Archiv des C. R. Bd. II S. 234 und in Hitzig's Annalen, fortg. v. Kl. und D. Bd. I H. 1 S. 1 ff.

senschaftlichen Abgrenzungen der Verbrechen nicht kümmert, sondern die gesamte verbrecherische Thätigkeit, welche in der Einheit einer rechtsstörenden Handlung enthalten ist, als ein Verbrechen betrachtet. So wird z. B. der Nichtjurist überall, wo eine ideelle Concurrenz der Verbrechen (mithin juristisch eine Mehrheit von Verbrechen) vorhanden ist, stets nur von einem geschehenen Verbrechen reden. Unzweideutiger ist der Ausdruck „verschiedne Verbrechen", denn es werden dadurch nicht leicht verschiedne Uebertretungen eines und desselben Strafgesetzes, sondern in der Regel Uebertretungen verschiedner Strafgesetze, also mehrere Verbrechen verschiedner Art, bezeichnet werden. Schon hieraus ergiebt sich nun, daß im Art. 49 unter „Fortsetzung eines und desselben Verbrechens" auch eine solche verbrecherische Thätigkeit zu verstehn ist, welche in ihrem Verlauf, juristisch genommen, in verschiedenartige Verbrechen übergeht. Denn indem der genannte Art. bestimmt, daß derjenige, der sich durch mehrere Handlungen mehrerer Verbrechen schuldig macht, mit den sämtlichen durch die verschiedenen Verbrechen verwirkten Strafen belegt werden solle, wenn nicht jene Handlungen als die Fortsetzung eines und desselben Verbrechens zu betrachten seien, setzt er die Möglichkeit voraus, daß auch verschiedne Verbrechen als die Fortsetzung eines und desselben Verbrechens zu betrachten seien, weil sonst die zuletzt erwähnte Klausel überflüssig sein würde. Entscheidend für diese Ansicht wird aber die Vergleichung mit Art. 48. Denn hier sind unter den „mehreren Verbrechen" (welche durch eine und dieselbe Handlung begangen werden) ganz gewiß Verbrechen verschiedener Art zu verstehen, weil

mehrere Verbrechen derselben Art durch eine Handlung nicht begangen werden können. Nun steht aber Art. 49 mit Art. 48 in einer unmittelbaren Beziehung; wir sind daher nicht berechtigt, das Wort „mehrere Verbrechen" im Art. 49 in einem anderen und beschränkteren Sinne zu nehmen, als im Art. 48. Wenn also Art. 49 von der Voraussetzung ausgeht, daß Jemand sich durch mehrere Handlungen, welche nicht als Fortsetzung eines und desselben Verbrechens anzusehn sind, mehrerer Verbrechen schuldig mache, so liegt darin, daß mehrere Handlungen auch dann ein fortgesetztes Verbrechen im Sinne des Art. 49 bilden können, wenn sie, jede für sich betrachtet, unter verschiedene Strafbestimmungen des Gesetzbuches fallen, und daher, abgesehn von der ihnen zum Grunde liegenden Einheit des Entschlusses und der Handlung, mehrere verschiedene Verbrechen darstellen würden. Und in der That läßt sich die Beschränkung des Begriffs fortgesetzter Verbrechen auf solche Handlungen, welche, jede für sich, unter dieselbe Strafdrohung fallen, also auf Verbrechen derselben Art, wohl auch theoretisch nicht rechtfertigen, denn da die Zahl der Verbrechen nicht geschlossen, und deren Grenzen nicht a priori bestimmbar sind, so würde bei solcher Beschränkung das Vorhandensein eines fortgesetzten Verbrechens oft von dem Zufalle abhängen, ob die grade anzuwendende positive Gesetzgebung Handlungen, welche ein andrer Gesetzgeber unter einer und derselben Strafdrohung begriffen haben würde, von einander zu trennen, und somit zu zwei verschiedenen Verbrechen zu machen für gut gefunden habe, oder nicht. Ja, es kann selbst zweifelhaft sein, ob die vorliegenden verschiedenen Handlungen unter den abstracten

Begriff eines und desselben, oder verschiedner Verbrechen gehören, und wir würden uns daher durch jene Beschränkung, zumal in ihrer Anwendung auf die verschiedenen Gesetzbücher der neueren Zeit, in unendliche Schwierigkeiten verwickeln. Einige Beispiele werden die Richtigkeit der hier vorgetragenen Ansicht noch anschaulicher machen. Das Verbrechen der Bigamie wird nach Art. 218 durch die Trauung während einer noch bestehenden Ehe begangen. Die darauf folgende eheliche Beiwohnung ist eine neue, von der Trauung verschiedene Handlung, und bildet an und für sich ein von jenem verschiedenes Verbrechen — das des Ehebruchs. Wollte man nun hier die Strafen der Bigamie und des Ehebruchs vereint zur Anwendung bringen, so würde Bigamie fast niemals mit der darauf gesetzten Strafe, sondern stets mit einer schwereren geahndet werden, weil Bigamie ohne nachfolgende Beiwohnung gewiß höchst selten vorkommt; daß dies aber unrichtig sein würde, ergiebt sich schon aus der Vergleichung des Art. 222, wonach bei ermangelnder ehelicher Beiwohnung eine gelindere, als die ordentliche Strafe eintreten soll. Der Gesetzgeber betrachtet also die eheliche Beiwohnung nur als eine Fortsetzung desjenigen Verbrechens, welches von dem Gesetz als Bigamie bezeichnet wird. Und das mit Recht; denn grade darauf, auf die eheliche Beiwohnung nehmlich, ist es bei Eingehung einer Doppelehe gewöhnlich abgesehn, weshalb sie auch gemeinrechtlich zu den Fleischesverbrechen gehört; die Trauung aber ist nur das Mittel zu jenem Zwecke. Es findet daher sowohl Einheit des Entschlusses als der Handlung statt, welche das fortgesetzte Verbrechen characterisirt.

Eben so würde man, wenn man den Mittermaierschen Begriff eines fortgesetzten Verbrechens festhalten wollte, den Dieb, der sich bei der Verübung des Diebstahls mit Waffen versehn hat, um damit nöthigen Falls sich zur Wehre zu setzen, dann aber, bei der That betroffen, diese Waffen zwar wegwirft, sich aber doch mit Gewalt in dem Besitze der gestohlenen Sachen zu behaupten sucht, und endlich, nachdem ihm diese Sachen entrissen worden sind, sich immer noch seiner Festnehmung mit Gewalt oder lebensgefährlichen Drohungen widersetzt, mit den verbundenen Strafen der Art. 234, 163 und 233 belegen müssen. Auch dies würde aber schwerlich der Absicht des Gesetzgebers entsprechen, der in allen diesen drei Artikeln das gewaltthätige Benehmen des Diebes nur in verschiedenen Abstufungen mit Strafe bedrohen, keineswegs aber dieses Benehmen doppelt und dreifach bestraft wissen wollte.

Eine fernere, auf die bisherige Gesetzgebung gegründete Ausnahme von der im Art. 49 ausgesprochenen Regel ist im Art. 50 enthalten.

Hat Jemand mehrerer noch unbestrafter Diebstähle, Veruntrauungen, Betrügereien, oder im Art. 166 unter 2 angegebener Erpressungen sich schuldig gemacht, so ist, insoweit diese Verbrechen nach gleichen Grundsätzen in Hinsicht auf die Abmessung der Strafe nach dem Betrage zu beurtheilen sind, der Betrag der Verbrechen derselben Art, so wie der nach Art. 59 damit gleichartigen, zusammenzurechnen, und hiernach die den Verbrecher treffende Strafe zu bestimmen.

Es werden also auch in diesem Falle die concurrirenden verschiedenen Verbrechen juristisch als ein fortgesetztes Verbrechen betrachtet.

Es fragt sich hierbei zunächst, bei welchen Verbrechen nach den Bestimmungen der neueren Gesetzgebung jene Gleichheit der Beurtheilung in Hinsicht auf die Abmessung der Strafe nach dem Betrage eintritt, welche die Anwendbarkeit obiger Sanction bedingt.

Diese Verbrechen sind

1) solche, die mit den Strafen des einfachen Diebstahles (mit Ausnahme der Ausgabe falschen Geldes Art. 272, da diese nach Art. 59 mit dem Diebstahle nicht gleichartig ist), und
2) solche, die mit den Strafen der im Art. 230 benannten qualificirten Diebstähle bedroht sind.

Zu den Verbrechen unter 1 gehören:

a) der einfache Diebstahl selbst (Art. 223).
b) Diebstahl an den im Art. 226 benannten Gegenständen. Denn daß hierbei die Strafe innerhalb des Strafmaaßes gesteigert werden soll, kann die Zusammenrechnung nicht verhindern, da eine solche Steigerung auch bei andern, als den in diesem Art. genannten Diebstählen vorkommen kann. Die im Art. 226 nachgelassene Schärfung aber ist ein Zusatz, der auf die Abmessung der Strafe nach dem Betrage ohne Einfluß ist, mithin ebenfalls keine „Verschiedenheit der Beurtheilung in Beziehung auf die Abm. d. Str. nach d. Betrage" begründen kann.
c) Entwendung von Sachen aus Gräbern, sofern sie dem Werthsbetrage nach mit höherer, als dreimonatlicher Arbeitshausstrafe zu ahnden ist. Art. 228.

d) Markt- und Taschendiebstähle im Betrage von mehr als 10 Thlr. Art. 331.
e) Gewerbmäßig betriebene Diebstähle unter der oben bei c angegebenen Beschränkung. Art. 232.
f) Einfache Veruntrauung nach Art. 242.
g) Einfacher Betrug in gewinnsüchtiger Absicht, wenn der dadurch erlangte Vortheil eine Schätzung zuläßt. Art. 245 mit 254 im ersten Satze.
h) Erpressung, wenn weder körperliche Gewalt oder Bedrohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben angewendet, noch auch (für die Zukunft) mit Mord und Brandstiftung gedroht wurde, oder wenn letzteren Falls die Strafe schon nach dem Betrage über 2 Jahr Arbeitshaus ansteigt. Art. 266, 2.
i) Einfacher Wilddiebstahl nach Art. 277, 278, 279, jedoch unter Berücksichtigung der im Art. 277 genannten erschwerenden Umstände, und der oben unter c gedachten Beschränkung.
k) Einfacher Fischdiebstahl nach Art. 282.
l) Einfacher Holzdiebstahl im Betrage von mehr als 1 Thlr. 12 Gr. nach dem Gesetze, die Unters. u. Bestr. d. Forstverb. betr. v. 2. April 1838 §. 5 mit 1.

Sollten Diebstähle der unter c, d und e genannten Arten mit einander zusammentreffen, so würde auch bei einem geringeren Betrage jedes einzelen die Zusammenrechnung eintreten können, dafern die dem Gesamtbetrage entsprechende Strafe mehr als 3 Monat Arbeitshaus betrüge.

Unter Nr. 2 gehören:
a) die im Art. 230 genannten ausgezeichneten Diebstähle.

b) Fischdiebstahl aus verschlossenen Fischkästen oder Behältern, oder durch Ablassen von Teichen Art. 282.
c) Qualificirte Veruntrauung nach Art. 243 [1]).

Die unter 1 genannten Verbrechen können in der Regel mit den unter 2 aufgeführten nicht zusammengerechnet werden, vielmehr sind, wenn verschiedne Verbrechen dieser beiden Klassen mit einander concurriren, die zu jeder Klasse gehörigen für sich zusammenzurechnen, und die hieraus sich ergebenden Strafen nach Art. 49 mit einander zu verbinden. Diese Regel muß aber eine Ausnahme leiden, wenn die Zusammenrechnung der Beträge schon nach den Strafsätzen des geringeren Verbrechens zu einem höheren Strafmaaße führt, als die Trennung derselben. Denn es kann unmöglich die Absicht des Gesetzgebers sein, daß ein Verbrecher um deswillen, weil er ein schwereres Verbrechen begangen hat, gelinder bestraft werden solle, als, wenn er ein geringeres Verbrechen begangen hätte. Dies würde aber z. B. der Fall sein, wenn der Verbrecher einen einfachen Diebstahl im Betrage von 48 Thlr. und einen Diebstahl mit Einbruch im Betrage von 8 Thlr. begangen hätte, und man ihn nun nach Art. 49 bestrafen wollte. Denn dann wäre das Maximum der Strafe 2 Jahr und 1 Jahr Arbeitshaus, also zusammen 3 Jahr, während man, wenn man die Beträge zusam-

---

1) Noch stehen zwar nach Art. 237, 238, 244 Diebstahl und Veruntrauung unter nahen Verwandten und Entwendung von Victualien, ingleichen die Art. 259 und 260 genannten betrüglichen Handlungen in der Bestrafung einander gleich. Allein von einer Zusammenrechnung kann hier nicht die Rede sein, weil die Strafe nicht nach dem Betrage sich richtet.

menrechnete, schon durch die Strafen des einfachen Diebstahles bis zu einem Maximum von 6 Jahren Arbeitshaus gelangen würde. In solchen Fällen ist daher auf die Erschwerung, welche das eine der concurrirenden Verbrechen zu einem ausgezeichneten macht, bei Beurtheilung der Zusammenrechenbarkeit keine Rücksicht zu nehmen, und es sind in so fern beide concurrirende Verbrechen als einfache anzusehen. Nur als Strafzumessungsgrund kann auch in diesem Falle die Qualification des einen Verbrechens in Betracht gezogen werden.

Ferner kann es in Hinsicht auf die Zusammenrechnung der Beträge keinen Unterschied mehr machen, ob das eine der concurrirenden Verbrechen durch Geständniß, das andere durch Indicien erwiesen, ob die Anzeige beeidet sei, oder nicht, ob lauter inländische, oder auch ausländische Verbrechen vorliegen [1]). Dagegen wird der Versuch mit dem vollendeten Verbrechen, die Beihülfe und Hehlerei mit dem Hauptverbrechen auch jetzt nicht, und eben so wenig die Partiererei mit dem Diebstahle zusammengerechnet werden können, da hier allenthalben verschiedene Grundsätze in Hinsicht auf die Abmessung der Strafe in Anwendung kommen.

Eine zweite bei Art. 50 sich aufdringende Hauptfrage ist diejenige, auf welche bereits von einem geehrten Collegen in den criminalistischen Jahrbüchern Bd. 1 H. 2 S. 216 aufmerksam gemacht worden ist, nehmlich, welche Diebstähle, Veruntrauungen u. s. w. nach

---

1) Vgl. das Gesetz, einige Abänderungen in dem Verfahren in Untersuchungssachen betr. v. 30. März 1838 No. II und X, ingleichen Art. 2 und 3 des C.G.B.

Art. 50 als unbestraft und welche als bestraft zu betrachten seien. Zum Theil beantwortet sich diese Frage durch dasjenige, was oben nach Analogie des Art. 58 über die Bedeutung des Wortes bestraft schon bemerkt worden ist; und die analogische Anwendung des Art. 58 scheint grade hier um so weniger Bedenken zu haben, da zwischen den Begriffen des Rückfalles und der Concurrenz eine gewisse Correlation stattfindet, vermöge deren sie als Grenzbegriffe erscheinen, und da auch im Art. 50 wie im Art. 58 nur von gleichartigen Verbrechen die Rede ist. Hiernach wäre ein Diebstahl ꝛc. als unbestraft anzusehen, so lange nicht die deshalb verwirkte Strafe wenigstens theilweise, oder durch erfolgte Begnadigung in einem minderen Grade verbüßt worden ist. Nur eine Ausnahme hiervon würde nach Art. 57 sich nöthig machen. Hier wird es nehmlich zur Concurrenz, nicht zum Rückfalle gerechnet, wenn ein Verbrecher während der Verbüßung einer Freiheitsstrafe ein neues Verbrechen begeht. Wollte man diese Bestimmung im weitesten Sinne nehmen, so würde sie mit Art. 58 in einem offenbaren Widerspruche stehn. Schon die Worte des Art. 57 führen aber zu einer Beschränkung, welche der Gesetzgeber ohne Zweifel im Sinne gehabt hat; nehmlich auf Verbrechen, welche in der Strafanstalt verübt werden. Dahin führt nehmlich der Zusatz: „und nicht nach der Hausordnung der betreffenden Strafanstalt blos disciplinarisch zu bestrafen ist.“ Auch kann man von einem Verbrechen, welches der Verbrecher beging, nachdem er sich aus der Strafanstalt befreit hatte, nicht füglich sagen, daß es während der Strafverbüßung verübt worden sei.

Wir reichen aber mit dieser für das Wort „unbestraft" gewonnenen Bedeutung nicht aus. Es ergiebt sich daraus zwar, was zu thun sei, wenn ein Verbrecher wegen Diebstahls ꝛc. in Untersuchung kommt, und, nachdem er die ihm deshalb zuerkannte Strafe bereits angetreten hatte, einen neuen Diebstahl *begeht*, nicht aber, wie es zu halten sei, wenn nach dem Antritte dieser Strafe

a) ein bereits *vorher* von ihm begangener Diebstahl zur *Kenntniß* des Richters gelangt, oder

b) wegen eines bereits vorher begangenen, und mit zur Untersuchung gezogenen Diebstahles ꝛc., dessen aber der Inculpat nicht überführt werden konnte, Beweis geführt wird;

und diese Fälle, namentlich der unter a, möchten wohl grade die häufigeren sein.

Wollte man das obangedeutete Verhältniß zwischen Concurrenz und Rückfall consequent festhalten, wonach Alles, was nicht unter den Begriff des Rückfalles gehört, unter den der Concurenz fällt, so müßte man auch in diesen Fällen eine nachträgliche Zusammenrechnung eintreten lassen. Die neuentdeckten Diebstähle kämen dann als neuentdeckte erschwerende Umstände für die Bestrafung des Inculpaten in Betracht; die früheren Erkenntnisse würden dadurch, in so weit sie für einen Theil der von dem Inculpaten begangenen Diebstähle ohne Berücksichtigung des neuentdeckten eine besondere Strafe aussprechen, außer Kraft treten; es müßte von Neuem über die Gesamtheit der von ihm begangenen Diebstähle in erster Instanz erkannt, und hierbei ihm die bereits theilweise, oder auch vollständig

verbüßte Strafe zu Gute gerechnet werden. In welche Schwierigkeiten man aber dadurch gerathen würde, ist schon in der oballegirten Abhandlung von Siebdrat angedeutet worden. Diese Schwierigkeiten würden sich in's Unendliche vermehren, wenn man es mit einem Inculpaten zu thun hätte, der bereits 3, 4, 5, oder, wie es dem Vf. erst vor Kurzem noch vorgekommen ist, 12mal wegen Diebstahls und gleichartiger Verbrechen bestraft wäre, und wenn nunmehr eine Reihe noch unentdeckter Diebstähle desselben zur Sprache käme. Man müßte dann untersuchen, in welche der verschiedenen, durch die jedesmaligen Strafverbüßungen bezeichneten Lebensperioden des Inculpaten jeder dieser Diebstähle gehöre; müßte jeden derselben mit den übrigen in dieselbe Lebensperiode fallenden Diebstählen zusammenrechnen, und hiernach beurtheilen, ob sich ein Zusatz zu den verbüßten Strafen erfoderlich mache, oder nicht.

Ob dies nun geschehn solle, oder nicht, darüber giebt das Wort „unbestraft" für sich allein keinen Aufschluß. Denn löset man dieses Participium in den relativen Satz auf: „welche noch nicht bestraft sind," so bleibt dieser Satz unbestimmt, so lange man nicht noch eine Zeitbestimmung hinzufügt, und diese Zeitbestimmung läßt sich in verschiedener Weise suppliren. Supplirt man: „zu der Zeit, wo die andern Diebstähle verübt wurden," so gelangt man zu dem obigen Resultate, mit allen darin liegenden Schwierigkeiten, man kann aber eben so gut suppliren: „zu der Zeit, wo die andern Diebstähle zur Cognition des Richters gelangten — wo sie erwiesen wurden." — Aber auch dadurch kann man jenen Schwierigkeiten nicht entgehen, indem

dann wenigstens so lange, als die in der fraglichen Untersuchung erkannte Strafe noch nicht angetreten ist, die Untersuchung, wenn sie auch bereits bis zum letzten Erkenntnisse gediehen wäre, wegen neuentdeckter Diebstähle wieder aufgenommen, und darin, trotz der vorhandnen Erkenntnisse, von Neuem in erster Instanz erkannt werden müßte. Entscheidende Gründe für das Eine oder das Andere, oder für irgend eine dritte Annahme lassen sich aus der Fassung des Art. 50 nicht herleiten [1]). Man muß sich daher nach anderen Anhaltspunkten umsehen.

Dergleichen Anhaltungspunkte gewähren nun die Bestimmungen über die Competenz der Gerichte. Schon gemeinrechtlich wird der Begriff der Concurrenz auf diejenigen Verbrechen beschränkt, welche nach den Regeln über die Competenz bei einem und demselben Gerichte zur Untersuchung und Bestrafung gelangen [2]). Das sächsische Recht, für welches wegen der Zusammenrechnung der Diebstähle und wegen der von der Praxis adoptirten Regel: poena maior absorbet minorem der Begriff der Concurrenz von ungleich größerer Wichtigkeit war, hat hierauf bei seinen

---

1) Nach dem älteren Rechte war die zuerst gedachte Erklärung vorzuziehen. Denn nach dem Mand. v. 27. Juli 1719 sollte Zusammenrechnung eintreten, „wenn die Diebe — gestohlen und entwendet hätten, wofern sie nicht vorher wegen eines oder des andern Diebstahles bereits bestraft worden;" das Wort vorher aber würde überflüssig sein, wenn es nicht bedeuten sollte: „vor der Verübung der anderen Diebstähle."

2) Tittmann Strafrechtswiss. Th. 1 S. 196. Abegg Lehrb. §. 160 S. 242 unter Beziehung auf L. 7 §. 5 de accusationibus.

Bestimmungen über die Competenz der Gerichte Rücksicht genommen, indem §. 5 der Generalverordnung vom 7. Febr. 1820, und dessen Erläuterung vom 20 Sept. 1828 bestimmt, daß in der Regel beim Zusammentreffen mehrerer Verbrechen die Untersuchung wegen aller von einem Richter, nehmlich von demjenigen geführt werden solle, in dessen Gerichtsbezirke das letzte verübt worden ist, und daß, wenn im Laufe einer Untersuchung ein neues Verbrechen verübt wird, oder ein bisher unentdecktes, jedoch später, als die bereits bekannten, verübtes zur Anzeige kommt, die Untersuchung auch wegen der früheren Verbrechen an den zur Bestrafung dieses Verbrechens competenten Richter abgegeben werden solle. Allein wie lange dies so fortgehn solle; welcher Moment in dieser Beziehung als der Schluß der Untersuchung zu betrachten sei, darüber fehlte es bis in die neueste Zeit an einer Bestimmung. Im Laufe des vorigen Jahres aber, und vor dem Schlusse der Verhandlungen über das Strafgesetzbuch ist die Eröffnung eines in der Sache gefällten Erkenntnisses für den Schlußpunkt der Untersuchung erklärt worden, von welchem an eine Abgabe der Untersuchung wegen neuentdeckter oder erwiesener Verbrechen weiter nicht eintreten solle [1]).

Allerdings ist dies nur durch eine Ministerialverordnung geschehn, und es ließ sich daher wohl zweifeln, ob diese Bestimmung über die Competenz auch auf die

---

1) S. v. Salza u. L. Ueber die Competenz der Untergerichte in Criminal= und Untersuchungssachen, in den criminalist. Jahrbüchern B. 2 H. 1 No. 3 S. 92.

materielle Bestrafung des Inculpaten von Einfluß sein könne, was allerdings der Fall sein würde, wenn nun auch von demselben Zeitpunkte an keine Zusammenrechnung der neuentdeckten Diebstähle ꝛc. mehr statuirt würde. Dieser Zweifel wird aber verschwinden, wenn sich nachweisen läßt, daß das Crim. Gesetzbuch selbst von dieser Voraussetzung ausgehe, mithin den Inhalt jener Ministerialverordnung auch in der Anwendung auf die Strafabmessung bestätige. Eine solche Bestätigung nun glaube ich im Art. 57 des C. G. B's zu finden.

Hier ist nehmlich von dem Falle die Rede, wenn ein Verbrecher durch verschiedene Erkenntnisse zu nicht gleichartigen Freiheitsstrafen verurtheilt worden ist. Ob aber verschiedene Erkenntnisse, oder nur ein Erkenntniß zu fällen sei, kann lediglich nach den Bestimmungen über die Competenz des Untersuchungsgerichtes entschieden werden. In dieser Beziehung wird also die oberwähnte Ministerialverordnung zur Richtschnur dienen müssen. Nun bestimmt aber Art. 57 für diesen Fall, daß dabei nur die in den Art. 52 bis 56 vorgeschriebenen Bestimmungen (über das Zusammentreffen verschiedenartiger Strafen und deren Reduction) zur Anwendung kommen, und die Reduction der verschiedenen Strafen von dem Bezirksappellationsgerichte vorgenommen werden solle. Hierdurch ist nun aber sowohl den Worten als dem Sinne nach die Zusammenrechnung der Beträge ausgeschlossen, da diese eine Anwendung des Art. 50 enthalten würde, und da bei vorgenommener Zusammenrechnung bloß eine Strafe erkannt wird.

Hiernach würden also Diebstähle, Veruntrauungen ꝛc., welche zur Anzeige und Untersuchung gelangen,

nachdem in einer wegen anderer dergl. Verbrechen anhängigen Untersuchung bereits ein Erkenntniß publicirt worden ist, keineswegs mit den letzteren zusammenzurechnen, sondern nach der im Art. 49 enthaltenen Regel, jedoch vorbehältlich der Reduction der verschiedenen Strafen nach Art. 53, gesondert zu bestrafen sein.

Es entsteht dabei die Frage, von welchem Appellationsgerichte die Reduction vorzunehmen sei, wenn die verschiedenen Erkenntnisse von verschiedenen Appellationsgerichten, oder doch in verschiedenen Appellationsgerichtsbezirken gefällt worden sind. Man könnte hier an das Oberappellationsgericht denken, welches zum ganzen Lande in einem ähnlichen Verhältnisse stehe, wie das Bezirksappellationsgericht zu seinem Bezirke. Allein abgesehn davon, daß die Strafreduction mehr ein Ausfluß der Justizverwaltung ist, mit welcher das Oberappellationsgericht nichts zu thun hat, so steht dem auch die Fassung des GB's entgegen, indem statt der Worte des Entwurfs „dem betreffenden Appellationsgerichte" ausdrücklich „dem Bezirksappellationsgerichte" gesetzt worden ist. Es wird daher in diesem Falle dasjenige Appellationsgericht eintreten müssen, von welchem, oder in dessen Bezirke das letzte Erkenntniß zu sprechen war; denn die Reduction enthält eigentlich nur eine Nachholung dessen, was schon in diesem Erkenntnisse auszusprechen gewesen wäre.

X.

Von der Werthsermittelung bei den Verbrechen gegen das Eigenthum.

(Zu Art. 51.)

Die Bestimmungen, welche Art. 51 über die Werthsermittelung bei den Verbrechen gegen das Eigenthum enthält, unterscheiden sich von denen des früheren Rechtes (Generale v. 2. Januar 1809) dadurch, daß

1. deutlicher, als in dem älteren Gesetze, ausgedrückt ist, daß die gerichtliche Taxation nicht bloß dann wegfalle, wenn die gestohlene ꝛc. Sache nicht, oder in verringertem Werthe wieder erlangt worden ist, sondern auch dann, wenn sich ihr Werth vergrößert, und überhaupt ihr Zustand verändert hat;

2. daß es, wenn die Sache in unverändertem Zustande vorhanden ist, lediglich dem Ermessen des Richters anheim fällt, ob er sie durch die Gerichtspersonen, oder durch Sachverständige würdern lassen wolle. Im Allgemeinen aber werden den Richter hierbei noch immer die im Generale von 1809 angegebenen Rücksichten, als die in der Natur der Sache begründeten, leiten müssen;

3. daß als diejenige Person, welche bei verändertem Zustande der Sache den Werth, welchen sie zur Zeit der Entwendung, Veruntrauung ꝛc. gehabt hat, durch ihre Angabe zu bestimmen habe,

nicht bloß der Beschädigte, sondern „der Eigenthümer, oder derjenige, dem die Sache zur Verwahrung oder Beaufsichtigung anvertraut war,“ genannt ist. Wen von diesen beiden Personen er zur Werthsangabe veranlassen wolle, wird aber der Richter keineswegs als gleichgültig betrachten, oder davon abhängen lassen dürfen, wer von ihnen am bequemsten zu erlangen sei; vielmehr liegt es in der Pflicht des Untersuchungsrichters, überall nach materieller Wahrheit zu streben, daß er diejenige Person auswählen muß, welche von dem Werthe der Sache die beste Wissenschaft hat. Wie aber, wenn diese weder bei dem Eigenthümer, noch bei dem Besitzer, sondern bei einer dritten Person (z. B. bei der Ehefrau des Eigenthümers, die die Sache nur eben erst gekauft, und sie dem Ehemanne übergeben hatte, ohne daß dieser sie näher betrachtete und ihren Werth kennen lernte) zu finden ist? Hier wird sich der Richter damit helfen können, daß er beide Personen über den Werth der Sache vernimmt, und den Eigenthümer seine Werthsangabe auf den Grund der von dem Dritten erstatteten Aussagen erklären läßt. Ueberhaupt versteht es sich von selbst, daß der Richter seiner Pflicht nicht Genüge thut, wenn er bloß die im Gesetze genannten Personen nach dem Werthe befragt, und sich dann ohne Weiteres bei deren Angabe beruhigt; denn er soll den Werth durch die Aussage derselben ermitteln. Dazu gehört aber, daß er sie die Gründe für ihre Werthsschätzung angeben lasse, und ihnen etwanige Bedenken, welche sich dagegen erheben, gehörig vorhalte; auch vielleicht nach Befinden dritte Personen, denen der Werth der Sache bekannt ist, darüber vernehme. Endlich ist

4) nicht mehr erfoderlich, daß der Eigenthümer oder Besitzer seine Schätzung beschwöre, sondern es genügt, wenn er an Eidesstatt versichert, daß diese Schätzung seiner Ueberzeugung gemäß sei. Es muß dies allerdings als ein Verbot der directen eidlichen Bestärkung des Werthes angesehen werden, da ein solcher Eid manches Bedenkliche hat. Keineswegs liegt aber darin, daß nunmehr auch in anderen Beziehungen die eidliche Bestärkung der von dem Beschädigten erstatteten Aussagen nicht mehr gefodert werden könne und solle. Auch der Bestimmung des Gesetzes, einige Abänderungen in dem Verfahren in Untersuchungssachen betr. vom 30. März 1838 Nr. III, würde man gewiß eine der Absicht des Gesetzgebers nicht entsprechende Deutung geben, wenn man obige Folgerung daraus ableiten wollte. In so weit die Aussage des Beschädigten auf Thatsachen geht, steht er jedem anderen Zeugen gleich, und kann sich mithin auch der Beeidung seiner Aussage nicht entbrechen. Auch wird in der Regel sowohl die Aussage selbst, als deren Beeidung, selbst bei vorhandenem Geständnisse, erfodert werden müssen, wenn sie zu erlangen ist, und sich nicht gegen die Beeidung besondere Bedenken erheben; denn es ist Pflicht des Untersuchungsrichters, Alles zu thun, was die Sache in helleres Licht zu setzen, oder die richterliche Ueberzeugung von der Schuld des Inculpaten zu verstärken geeignet ist. Ist die Befragung des Beschädigten, oder die Beeidung der von ihm erstatteten Aussage unterblieben, so wird es lediglich von den Umständen abhängen, ob der erkennende Richter auch ohne sie eine vollständige Ueberzeugung von der Schuld oder Unschuld des Inculpaten erlangen kann, oder nicht. Letzteren Falls wird ohne allen Zweifel auf

deren Nachholung, und, wenn der Beschädigte etwa die eidliche Bestärkung verweigert haben sollte, auf Anwendung gesetzlicher Zwangsmittel gegen denselben, interloquirt werden müssen. Nur ein auf den Werth, das Eigenthum und die Eigenthumsverletzung selbst unmittelbar und direct gerichteter Eid kann und soll nicht mehr erfodert werden, weil alle diese Eide keine Thatsache betreffen, über welche der Beschädigte aus eigener Wahrnehmung aussagen kann. Davon sind aber die Thatsachen wohl zu unterscheiden, welche der Beschädigte zur Motivirung seiner Werthschätzung und zur Begründung seiner Behauptung, daß er bestohlen, betrogen ꝛc. sei, angeführt hat.

Ob übrigens auch der Sachverständige, wenn ein solcher zur Schätzung des Werthes gebraucht wird, bloß an Eidesstatt zu versichern habe, daß seine Taxe seiner Ueberzeugung von dem wahren gemeinen Werthe der Sache gemäß sei, dürfte zu bezweifeln sein. Zwar scheint dafür zu sprechen, daß Art. 51 schlechtweg von Sachverständigen spricht, während das Generale von 1809 „verpflichtete" Sachverständige erwähnte. Allein eine Verpflichtung muß mit jedem Sachverständigen vorgenommen werden, der zu gerichtlichen Erörterungen gebraucht werden soll, und diese Verpflichtung wird auch, so lange nicht das Gegentheil ausdrücklich festgesetzt ist, eine eidliche sein müssen. Auch fallen hier die Bedenken weg, welche der eidlichen Werthsangabe von Seiten des Beschädigten entgegenstehen, und das Forststrafgesetz §. 27, vgl. mit dessen Beilage unter B, setzt ebenfalls eine eidliche Verpflichtung voraus.

Schließlich ist zu bemerken, daß bei allen diesen Werthsangaben der inländische Münzfuß zum Grunde

zu legen, die nach einem anderen Fuße erfolgten Schätzungen nach dem gesetzlichen Werthe auf Ersteren zu reduciren, und daher alle Personen, von denen eine solche Werthsangabe erfolgt, gerichtswegen genau zu befragen sind, auf welche Münzsorte sie bei der Schätzung Rücksicht genommen haben, was sodann zu den Acten zu bemerken ist. Verordnung zu Ausführung einiger Bestimmungen des C. G. B. vom 27. April 1838 Nr. II.

XI.

Vom Rückfalle.

(Zu Art. 58, 59, 61, 22, 165, 240, 298, 306, 60.)

1. Begriff des Rückfalls.

Die Doctrin unterscheidet zwischen Rückfall im weiteren und im engeren Sinne. Unter ersterem ist zu verstehen die Verübung eines Verbrechens von Seiten eines bereits bestraften Schuldigen, unter letzterem die Begehung eines neuen Verbrechens von derselben Art, wie das früher bestrafte war [1]).

Die allgemeinen Strafbestimmungen für jenen enthält Art. 61 unter 1, die für diesen, Art. 58 des Criminalgesetzbuches.

Rückfall im weiteren Sinne kann das erste Mal höchstens als Strafzumessungsgrund infra maximum in Betracht kommen, und auch hier wohl in der Regel nur in so fern, als er den Richter weniger geneigt macht, das Verbrechen als einen einzeln stehenden Fehltritt im Leben eines sonst Unbescholtenen milder zu beurtheilen. Bei wiederholtem Rückfalle dieser Art können aber nach Art. 61 die Art. 8 u. 12 genannten Schärfungsmittel zur Anwendung kommen. Bei Beurtheilung der Frage übrigens, ob Rückfall in diesem Sinne vorhanden sei, werden die in

---

1) Abegg Lehrb. S. 230.

Betreff des Rückfalls im engeren und eigentlichen Sinne Art. 58 getroffenen Bestimmungen analog anzuwenden sein [1]).

Rückfall im engeren Sinne ist nach der Definition des Criminal-Gesetzbuchs vorhanden, wenn Jemand wegen eines begangenen Verbrechens bereits in Strafe verurtheilt worden ist, diese Strafe wenigstens theilweise, oder durch erfolgte Begnadigung eine geringere Strafe verbüßt hat, und sich desselben, oder eines gleichartigen Verbrechens wiederholt schuldig macht.

Es ist hierbei zuvörderst zu erinnern, daß Verbrechen, die der Inculpat in der Strafanstalt begeht, nicht als Rückfall betrachtet werden können, wie in der IXten Abhandlung S. 98 zu Art. 57 gezeigt worden ist; ferner daß die Strafen des Rückfalls nach Art. 76 nicht eintreten, wenn seit der Verbüßung der Strafe (auch der theilweisen?) wegen des früheren Verbrechens die bei diesem Verbrechen eintretende Verjährungsfrist abgelaufen ist.

Die Frage, welche Verbrechen als gleichartige zu betrachten seien, beantwortet Art. 59. Es sind nehmlich hiernach nur folgende Verbrechen als gleichartig zu betrachten:

1) Unzucht mit Kindern unter 12 Jahren, so wie mit Personen in bewußtlosem Zustande, mit Nothzucht.
2) Raub mit der Erpressung, wenn bei der letzteren körperliche Gewalt oder Bedrohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben angewendet worden ist, oder wenn in der Absicht einer Erpressung die Bewoh-

---

1) S. oben Abh I S. 4 f.

ner einer ganzen Ortschaft durch Brandzeichen u. dgl. bedroht worden sind.

3) Diebstahl mit Veruntrauung, Betrug oder Fälschung aus Gewinnsucht so wie mit Erpressung ohne die eben genannten erschwerenden Umstände.

4) Verfertigung falschen Geldes und falscher öffentlicher Creditpapiere.

Auch sind der Versuch und die ungleiche Theilnahme jederzeit als gleichartig mit dem Verbrechen selbst zu betrachten — nicht aber das culpose mit dem dolosen Verbrechen.

Diese Bestimmungen bieten nun allerdings Gelegenheit zu manchen Zweifeln dar. Mehrere dieser Zweifel sind schon bei der landständischen Berathung zur Sprache gekommen, und haben hier zum Theil ihre Erledigung gefunden. So ist es nach S. 412 und 2125 der Landtagsmittheilungen unzweifelhaft, daß Rückfall auch dann anzunehmen sei, wenn das frühere Verbrechen im Auslande, oder nur auf Indicienbeweis bestraft worden ist. Indeß wird sich hierbei der Richter einer selbständigen Prüfung der Richtigkeit des früheren Erkenntnisses nicht entziehen können, da die Rückfallsstrafen nicht absolut nothwendig, sondern nach seinem Ermessen eintreten sollen. Andere Zweifel knüpfen sich an die einzelen obangegebenen Fälle.

Zu Nr. 1 ist zu bemerken, daß mit der Nothzucht im engeren Sinne jedenfalls auch der gewaltsame Mißbrauch einer Frauens- oder Mannsperson zu naturwidriger Befriedigung des Geschlechtstriebes als gleichartig — oder vielmehr als identisch – zu betrachten ist, da dieses Verbrechen im Art. 158 mit unter der Rubrik der Nothzucht

steht, und mit ganz gleichen Strafen bedroht ist. Dagegen kann Unzucht mit einer Person über 12, aber unter 14 Jahren als ein gleichartiges Verbrechen nicht angesehen werden, obgleich es mit dem unter Nr. 1 zuerst genannten Falle in demselben Artikel (Art. 161) mit Strafe bedroht ist; denn die ausdrückliche Beschränkung der Gleichartigkeit auf Unzucht mit Kindern unter 12 Jahren schließt die Herbeiziehung jenes, gelinder zu bestrafenden Verbrechens aus. (Vgl. jedoch unten zu 3.)

Zu Nr. 2 entsteht die Frage, ob auch der im Art. 163 erwähnte Fall, wenn ein Dieb, der bei der Verübung des Diebstahles betroffen wird, Gewalt gegen Personen ausübt, um sich im Besitze des gestohlenen Gutes zu schützen, als gleichartig mit den hier genannten Verbrechen zu betrachten sei, da dieses Verbrechen nach der bisherigen Theorie keineswegs unter den Begriff des Raubes fiel. Die Frage ist aber zu bejahen, denn das Gesetz giebt keine Definition von dem Begriffe des Raubes, und es ist mithin Alles, was im Art. 163 unter der Benennung „Raub" erwähnt wird, im Sinne des Gesetzes als Raub zu betrachten.

Zu Nr. 3. Bei dieser Nummer kam schon in den Landtagsverhandlungen die Frage vor, wie es zu halten sei, wenn ausgezeichnete Diebstähle, Betrügereien, Veruntrauungen und Erpressungen mit einfachen concurriren [1]). Von Seiten der Regierung wurde erklärt,

1) Ich bemerke hier ein für allemal, daß ich mich des Wortes concurriren, Concurrenz in dieser Abhandlung nicht in dem technischen Sinne (s. oben Abh. IX) bediene, sondern darunter ein solches Zusammentreffen verschiedener Verbrechen in der Person Eines

daß die Absicht sei, es sollten nur die einfachen Verbrechen unter einander, und wiederum die ausgezeichneten unter einander als gleichartig betrachtet werden. Dagegen meinte ein Kammermitglied, daß zwar auch bei der Concurrenz einfacher mit ausgezeichneten Verbrechen Rückfall anzunehmen, die Strafe aber nur nach dem Satze des einfachen Verbrechens zu bestimmen sei [1]). Es ist indeß keine entsprechende Bestimmung in das Gesetz aufgenommen worden, vielmehr lautet dessen Fassung so allgemein, daß man allerdings auch beim Zusammentreffen einfacher und ausgezeichneter Verbrechen Rückfall annehmen muß. Auch wird man bei Bestimmung der Rückfallsstrafe keineswegs bloß von der Strafe des einfachen Verbrechens ausgehen können, sondern vielmehr, nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 58, von der Strafe des letzten, es möge nun dieses das einfache sein, oder das ausgezeichnete. Dadurch wird aber keineswegs, wie man zu fürchten schien, die Folge entstehen, daß ein Dieb, der einen einfachen und dann einen ausgezeichneten Diebstahl begeht, ebenso bestraft werde, als wenn er zwei ausgezeichnete Diebstähle begangen hätte; denn es hängt ja vom Ermessen des Richters ab, um wie viel er die Strafe wegen Rückfalls erhöhen wolle; er wird also natürlich eine geringere Erhöhung eintreten lassen, wenn der frühere Diebstahl bloß ein einfacher, als wenn er ein ausgezeichneter war.

Es drängt sich aber hierbei noch die weitere Frage

Verbrechers verstehe, wobei die Bedingungen des Rückfalls vorhanden sind.

1) Mittheilungen S. 2127 f.

auf, ob denn bei Bestrafung rückfälliger Diebe, Betrüger u. s. w. auf einen von denselben früher verübten Raub gar keine Rücksicht genommen werden solle? Den Worten des Gesetzes nach scheint dies verneint werden zu müssen. Auch ist so viel gewiß, daß ein Räuber nicht mit den Strafen des Rückfalls (im engeren Sinne) belegt werden kann, weil er früher einen Diebstahl verübt hat. Allein wenn die Sache sich umgekehrt verhält, so würde es offenbar eine Ungerechtigkeit involviren, die Strafe des Diebes, der früher gestohlen hat, zu verlängern, und die Strafe des Diebes, der früher geraubt hat, nicht zu verlängern. Vielmehr bin ich überzeugt, daß auch in diesem Falle die Anwendung der Rückfallsstrafen sich vollkommen rechtfertigen läßt; denn der Begriff des Diebstahles ist ja vollständig in dem Begriffe des Raubes enthalten. Wer einen Raub begeht, der begeht eo ipso auch einen Diebstahl, nur daß er noch Gewalt, als Mittel zur Ausführung desselben, hinzufügt. Wer also wegen Raubes bestraft ist, und dann einen Diebstahl begeht, der ist im strengsten Sinne des Wortes ein rückfälliger Dieb. Hierzu kommt, daß man mit der entgegengesetzten Annahme am Ende dahin gelangen würde, auch den im Art. 163 erwähnten Diebstahl bei der Bestrafung eines späteren unter diesen Artikel nicht fallenden Diebstahles, oder eines gleichartigen Verbrechens, nicht mit zu berücksichtigen, was doch ganz gewiß der Absicht des Gesetzgebers, dem Sinne des Gesetzes, zuwider sein würde. Aehnliches gilt nun von dem successiven Zusammentreffen der unter Nr. 2 und 3 genannten Erpressungen, ja ich bin sogar der Meinung, daß man dieselben Grundsätze auf das successive Zusammentreffen

einer Unzucht mit Kindern unter 12 Jahren und einer Unzucht mit Kindern über 12, aber unter 14 Jahren anwenden könne, wenn dieses Verbrechen das letzte ist; denn dann hat der Verbrecher sich zweimal des Verbrechens der Unzucht mit Kindern unter 14 Jahren schuldig gemacht, — also desselben Verbrechens, nur im früheren Falle unter erschwerenden Umständen, was ihm unmöglich zu milderer Beurtheilung gereichen kann, als wenn diese erschwerenden Umstände, die zufällig den Gesetzgeber zu einer besonderen Strafdrohung veranlaßten, auch das erste Mal nicht vorhanden gewesen wären. Ueberhaupt müssen diese Grundsätze durchweg zur Anwendung kommen, wo sich das zweite Verbrechen zum ersten wie das minus zum majus, oder das genus zur species verhält, und daher z. B. auch

zu Nr. 4, wenn Jemand wegen Ausgabe falschen Geldes zur Strafe gezogen wird, der früher schon wegen Ausgabe falschen Geldes, das er selbst gefertigt hatte (Art. 268), bestraft worden ist.

2. Strafen des Rückfalls.

Die Strafe des Rückfalls im engeren Sinne besteht, abgesehn von denjenigen Verbrechen, wo das Gesetz besondere Rückfallsstrafen festsetzt, in Erhöhung der gesetzlichen Strafe des neuen Verbrechens nach Ermessen des Richters, jedoch nicht über das verdoppelte Strafmaaß, und bei Zuchthaus- und Arbeitshausstrafe unter Beschränkung auf rücksichtlich zwanzig und zehn Jahre [1]).

---

1) Durch die Verordnung vom 27. April 1838 Nr. III sind sowohl die Directionen der Strafanstalten, als die Gerichte ange-

Das Uebergehn in eine höhere Strafart ist also in der Regel nicht gestattet. Damit jedoch durch die Verlängerung der Gefängnißstrafe über 3 Monate nicht auch solche Verbrecher, welche wegen entehrender Verbrechen rückfällig werden, in Gemäßheit Art. 11 in das Landesgefängniß kommen, ist festgesetzt, daß die wegen Rückfalls verlängerte Gefängnißstrafe, auch wenn sie über 3 Monat, jedoch nicht volle 4 Monat beträgt, im Gerichtsgefängnisse verbüßt, wenn sie aber auf wenigstens 4 Monate ansteigt, unter Verkürzung auf die Hälfte der Dauer in Arbeitshausstrafe verwandelt werden könne [1].

Der mehrfache Rückfall ist zunächst ein erschwerender Umstand für die Abmessung der Strafverlängerung. Nach bereits erfolgter Verdoppelung der Strafe ist jedoch der Richter ermächtigt, auf die Art. 8 und 12 genannten Schärfungen zu erkennen. Es kann zweifelhaft scheinen, ob hiernach bereits früher auf Verdoppelung der Strafe erkannt gewesen sein müsse, um diese Schärfungen anzuwenden, wonach sie denn in der Regel wohl erst beim dritten oder einem noch öfteren Rückfalle zur Anwendung kommen würden, oder ob mit den oben ausgehobenen Worten nur so viel gesagt werden solle, daß auch beim zweiten Rückfalle, wenn so viel erschwerende Umstände dabei concurriren, daß die bloße Verdoppelung der Strafe zu gerechter Ahndung desselben nicht ausreicht, jene Schärfungen damit verbunden werden können. Im Zweifel scheint

---

wiesen, alle bei ihnen detinirte Verbrecher bei ihrer Entlassung auf die Folgen des Rückfalls aufmerksam zu machen.

1) Vgl. auch oben S. 38.

für die erstere Interpretation, als die mildere und dem Wortsinne gemäßere, entschieden werden zu müssen.

Besondere Bestimmungen über den Rückfall finden sich bei folgenden Verbrechen.

1) Wegen Verletzung der Eigenthumsrechte aus Eigennutz, Rache, Bosheit oder Muthwillen, oder der absichtlichen Körperverletzung kann, wenn der Inculpat wegen desselben oder eines gleichartigen Verbrechens bereits zweimal Gefängniß- oder Handarbeitsstrafe erlitten hat, die wegen des neuen Verbrechens verwirkte Gefängniß- oder Handarbeitsstrafe bei männlichen Verbrechern, wenn nach ärztlichem Gutachten ihr Gesundheitszustand solches gestattet, ganz oder theilweise in körperliche Züchtigung verwandelt werden. Art. 22. Es ist jedoch hierzu, außer bei Bettlern und Vagabunden, die Genehmigung des Bezirksappellationsgerichts einzuholen, woraus folgt, daß das Erkenntniß auf diese Strafverwandlung niemals zu richten ist.

2) Beim Raube kann

a) der erste Rückfall, wenn der neuere Raub mit Waffen, Einsteigen, Einbruch, oder zur Nachtzeit verübt worden ist;

b) der zweite Rückfall, auch wenn diese erschwerenden Umstände nicht eintreten,

mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe ersten, und wenn im Fall unter b nur eine unbedeutende körperliche Gewalt, oder bloße Drohungen angewendet worden sind, zweiten Grades bestraft werden. Art. 165.

Die schwersten Fälle des Raubes (Art. 163 unter 1 und 2) sind bei diesen Bestimmungen nicht berücksichtigt,

weil sie schon an sich mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe und rücksichtlich mit Todesstrafe zu ahnden sind. Daß statt der im Art. 165 enthaltenen Strafbestimmungen auch die Art. 58 festgesetzten angewendet werden können, scheint sich, da Art. 165 durchaus facultativ gefaßt ist, von selbst zu verstehen, obgleich es nicht ausdrücklich gesagt ist. Ausdrücklich ist dies

3) beim Diebstahle bemerkt. Außerdem ist jedoch hier beim zweiten und öfteren Rückfalle der Richter ermächtigt, außer der im Art. 58 vorgeschriebenen Verlängerung der Dauer der Strafe, und statt der, oder auch neben den ebendaselbst bestimmten Schärfungen, die verwirkte Strafe in der zunächst folgenden höheren Strafart verbüßen zu lassen. Welche reiche Auswahl von Strafen hierdurch dem Richter geboten wird, habe ich schon anderwärts auszuführen versucht [1]). Dagegen bedarf nunmehr die dort gemachte Bemerkung, daß Art. 240 nicht auf die successive Concurrenz mit dem Diebstahle gleichartiger Verbrechen angewendet werden dürfe, einer Berichtigung. Nach der Fassung nehmlich, welche Art. 240 bei der endlichen Redaction erhalten hat, soll er auch dann zur Anwendung kommen, wenn Jemand wenigstens zweimal wegen Hehlerei oder Partiererei gestohlener Sachen bestraft worden ist. Offenbar hat man bei dieser Einschaltung die Bestimmung des Art. 59 am Ende im Sinne gehabt, wonach ungleiche Theilnahme mit dem Verbrechen selbst für gleichartig angesehen werden soll, und Hehlerei und Partiererei als ungleiche Theil-

---

1) Zeitschrift für Rechtspfl. und Verwaltung Bd. 1 H. 2 S. 156 f. Vgl. jedoch oben S. 46 Anm. 2.

nahme beim Verbrechen des Diebstahles betrachtet, obgleich im Art. 239, so wie auch in dem Gesetze wegen der Forstverbrechen §. 14, Hehlerei und Partiererei nur als Begünstigung bezeichnet, und Begünstigung im Art. 38 vgl. mit Art. 37 von der ungleichen Theilnahme unterschieden wird. So gut nun Hehlerei und Partiererei hier berücksichtigt werden sollen, eben so gut müßte dies wohl auch mit jeder andern Beihülfe zum Stehlen und mit den sämtlichen Art. 59 unter 3 genannten gleichartigen Verbrechen geschehen. Ob diese interpretatio extensiva anzunehmen sei, will ich dahin gestellt sein lassen [1]. Jedenfalls wird aber wohl auf die Concurrenz einer Hehlerei kein sehr großes Gewicht zu legen sein, denn in der That läßt sich doch derjenige, der zweimal einem Diebe aus Gutmüthigkeit zur Flucht behülflich war, und dann selbst stiehlt, kaum als rückfälliger Dieb betrachten. Wenn übrigens Art. 240 gestattet, die verwirkte Strafe in der höheren Strafart verbüßen zu lassen, so ist damit wohl auf keinen Fall eine Reduction der Strafe nach Art. 53 gemeint; denn Art. 240 will doch wohl eine Strafverschärfung anordnen. Jene Reduction wäre aber keine Verschärfung, da z. B. 2 Jahre Arbeitshaus und 1 Jahr Zuchthaus 2ten Grades einander vollkommen gleich stehen. Vgl. auch die Ausführungsverordnung vom 31. März 1838 §. 5 im 2. und 3. Absatze. Vielmehr ist ein Uebergehen auf die höhere Strafart in gleicher Dauer gemeint, wie solches auch anderwärts vorkommt. Art. 134, 229.

So wie jedoch nach Obigem die zu Ende des Art. 58 angedrohten Verschärfungen nur unter der Voraussetzung

1) S. jedoch oben S. 10.

Anwendung finden, daß bereits eine Verdoppelung der Strafe eingetreten sei, so scheint auch das Uebergehen in die höhere Strafart an dieselbe Bedingung geknüpft zu sein; denn dieses Uebergehen soll nach Art. 240 statt der, oder neben den im Art. 58 bestimmten Schärfungen eintreten, es setzt also die Möglichkeit voraus, daß auch auf diese Schärfungen erkannt werde [1]). Das Uebergehen in die höhere Strafart erscheint hiernach nur als ein Auskunftsmittel, um auch dann noch eine Strafverschärfung eintreten lassen zu können, wenn bereits alle ordentlichen Verschärfungen verbraucht sind, und ein solches Auskunftsmittel ist allerdings grade beim Diebstahle Bedürfniß, weil hier eine Häufung der Rückfälle am meisten zu besorgen ist. Jedoch scheint dabei nicht grade erfodert zu werden, daß die in Art. 223 in thesi angedrohten Diebstahlsstrafen verdoppelt, also bereits auf das Doppelte des Maximums derselben erkannt worden sei, es muß vielmehr genügen, wenn in einem früheren Erkenntnisse ausgesprochen worden ist, daß man das für den vorliegenden Fall passende Strafmaaß wegen Rückfalls verdoppelt habe, und es wird hierauf bei Abfassung der Erkenntnisse Rücksicht zu nehmen sein.

---

1) Dieser Satz ist bereits verschiedentlich von dem Oberappellationsgerichte ausgesprochen worden, und es dürfte sich wohl gegen denselben wenig einwenden lassen, außer, daß vielleicht der Gesetzgeber an die Consequenzen, die sich daraus ergeben, nicht gedacht habe. Besonders fühlbar werden diese Consequenzen in der Anwendung auf Diebe, die in früheren Fällen nach dem älteren Rechte bestraft worden sind; denn bei diesen kann obige Bedingung nie vorhanden sein. Analog könnte man sie als erfüllt betrachten, wenn die Rückfallsstrafen der früheren Praxis bereits zur Anwendung gekommen sind.

4) Bei dem Wucher findet Art. 58 keine Anwendung, vielmehr gelten hier über den Rückfall nach Art. 298 und 299 ganz besondere Bestimmungen. Es ist nehmlich wegen Rückfalls in wucherliche Handlungen mit der dadurch verwirkten Geldstrafe Gefängnißstrafe bis zu drei Monaten zu verbinden, welche bei gewerbmäßigem Wucher auf Arbeitshaus bis zu 2 Jahren gesteigert werden kann. Endlich steigt

5) nach Art. 306 die Strafe der Kuppelei, wenn sie gewerbmäßig betrieben worden, oder die Weibsperson mit der Lustseuche behaftet gewesen ist, wegen Rückfalls auf sechsmonatliche bis einjährige Arbeitshausstrafe, wodurch ebenfalls die Bestimmungen des Art. 58 ausgeschlossen werden [1]).

Schließlich ist nach Art. 60 zu bemerken, daß, wenn ein Verbrecher wegen mehrerer Verbrechen gleichzeitig in Untersuchung kommt, unter welchen sich Ein oder mehrere wiederholte (im Sinne des Art. 58) befinden, die Vorschriften über die Bestrafung der Concurrenz (im technischen Sinne) und des Rückfalles vereint zur Anwendung kommen; jedoch kann auch in diesem Falle wegen des Verbrechens, weshalb die Strafe des Rückfalls eintritt, die Dauer der Zuchthausstrafe nicht über Zwanzig und der Arbeitshausstrafe nicht über Zehn Jahre erstreckt werden.

Bei der Anwendung dieser Vorschrift dürfte folgendes Verfahren zu beobachten sein.

Zuerst ist zu untersuchen, ob unter den concurrirenden Verbrechen (im techn. Sinne) sich zusammenrechenbare

---

1) Wegen der Forstvergehungen vgl. das besondere Gesetz vom 2. April 1838 §. 8, 9, 12 und 19.

befinden; denn diese gelten rechtlich als ein Verbrechen. Sodann ist der Rückfall nach Art. 58 in Betracht zu ziehen, und zwar, wenn die zusammenrechenbaren Verbrechen diejenigen sind, wegen deren Rückfall vorhanden ist, nach dem Gesamtbetrage dieser Verbrechen. Ist unter diesen letzteren Verbrechen ein Diebstahl, und der Verbrecher wegen Diebstahls, Partiererei oder Hehlerei schon zweimal bestraft, so kann von der nach dem Bisherigen sich ergebenden Strafe so viel, als auf die Diebstähle kommt, nach Art. 240 in der höheren Strafart verbüßt werden; der Ueberrest wird dann auf diese nach Art. 53 reducirt, und endlich werden die sämtlichen hiernach concurrirenden Strafen, nach Befinden ebenfalls nach vorgängiger Reduction, nach Art. 49 mit einander verbunden. Z. B.

A ist mehrmals wegen Diebstahls bestraft und kommt neuerdings in Untersuchung

a) wegen Meineids;

b) wegen Diebstahls von 12 Thlr.;

c) wegen Veruntrauung von 40 Thlr.

Hier werden zunächst die Beträge von b und c zusammengerechnet, und es concurriren nunmehr

a) Meineid,

b) Eigenthumsverbrechen über 50 Thlr.

Bei letzteren ist Rückfall nach Art. 58 vorhanden, daher das Maximum der Strafe 10 Jahre Arbeitshaus. Da aber die früher begangenen Verbrechen in mehreren Diebstählen bestanden, kann wegen b auch Art. 240 zur Anwendung kommen, wonach das Verbrechen unter a allein 4 Jahre Zuchthaus 2ten Grades nach sich ziehen könnte. Es können also von den durch b und c verwirkten 10 Jahren

Arbeitshaus 4 Jahre im Zuchthause verbüßt, und es müssen nunmehr die übrigen 6 Jahre auf Zuchthaus reducirt werden, was 7 Jahre Zuchthaus giebt. Endlich kann wegen des Meineides im Maximum 2 Jahre Zuchthaus 2ten Grades, oder wenn etwa der Verbrecher auch wegen Meineides rückfällig war, 4 Jahre Zuchthaus erkannt werden. Diese Strafe mit obigen 7 Jahren Zuchthaus verbunden giebt 9 und rücksichtlich 11 Jahre Zuchthaus 2ten Grades, als Maximum.

Bei jeder anderen Verfahrungsweise würde man entweder dem Verbrecher zu viel thun, oder ihm einen Theil der verwirkten Strafe schenken, oder endlich zu ungleichen Resultaten gelangen, je nachdem der Gesamtbetrag von b und c unter eine höhere Stufe der Diebstahlsstrafen fiele, als jeder einzele Betrag, oder nicht.

XII.

Von den Strafmilderungsgründen.

(Zu Art. 62, 64, 65 u. a.)

Der neuere juristische Sprachgebrauch unterscheidet zwischen Strafminderungsgründen, welche nur innerhalb des gesetzlichen Strafmaaßes in Betracht kommen, und Strafmilderungsgründen, welche den Richter zum Herabgehen unter das gesetzliche Strafmaaß berechtigen. Diesen Sprachgebrauch hält auch das sächsische C. G. B. insofern fest, als sich darin keine Stelle findet, wo von Milderungsgründen innerhalb des Strafmaaßes die Rede wäre, wie von dergleichen Erschwerungsgründen allerdings gesprochen wird (s. oben S. 15); als vielmehr überall, wo die Art der Strafmilderung näher bezeichnet ist (Art. 62, 213, 222), ausdrücklich das Herabgehen unter das gesetzliche Strafmaaß gestattet wird. Dasselbe muß daher auch da gelten, wo von Milderung der Strafe ohne nähere Bezeichnung die Rede ist, wie in den bei Art. 85 und 116 beliebten Zusätzen; und zwar um so mehr, da diese Zusätze aus dem Hannoverschen Entwurfe entlehnt sind [1]), der jenen Unterschied zwischen Milderung und Minderung der Strafe ausdrücklich sanctionirt [2]). Wie weit nun der Richter bei den

1) Mittheilungen S. 6670 Sp. 1.

2) Hannov. Entw. Art. 94 ff.

genannten Artikeln unter das gesetzliche Strafmaaß herabgehn könne, ist nicht bestimmt. Eine Analogie bietet Art. 65 im zweiten Absatze dar, allein es dürfte bedenklich sein, das richterliche Ermessen hier durch diese Analogie zu beschränken.

Als allgemeine Strafmilderungsgründe sind im C. G. B. eigentlich nur zwei genannt, nehmlich

a) Jugend vom 14. bis zum vollendeten 18. Lebensjahre, auch da, ubi malitia supplet aetatem, insofern auch hier nicht auf Todes= und lebenslängliche Zuchthausstrafe erkannt werden darf. (Art. 62.)

b) Verstandesschwäche, jedoch nur bei Capitalverbrechen, wo wegen derselben statt Todesstrafe auf lebenslängliche Zuchthausstrafe zu erkennen ist. (Art. 64.)

Dagegen ist die Anrechnung der unverschuldeten Haft (Art. 63) eigentlich kein Milderungsgrund, sondern nur eine Entschädigung, noch dazu von sehr zweideutiger Natur, indem sie den Anspruch auf Sachsenbuße entzieht, der wohl schwerlich auf den Fall gänzlicher Schuldlosigkeit an dem beigemessenen Verbrechen zu beschränken sein dürfte [1]).

Unter der im Art. 64 genannten Verstandesschwäche ist jedenfalls nicht bloß eine angeborne, sondern auch eine durch Krankheit (z. B. anhaltende epileptische Krämpfe) und hohes Alter entstandene zu verstehen [2]). Dagegen kann mangelhafte Ausbildung des Verstandes bei Personen, welche das 18. Lebensjahr überschritten haben, nur als

---

1) Vgl. jedoch den Dep. Bericht der 1. Kammer S. 74 zu Art. 62 a.

2) Vgl. Dep. Bericht der 2. Kammer S. 63 zu Art. 65.

Strafminderungsgrund in Betracht kommen, selbst wenn diese mangelhafte Ausbildung in gänzlicher Verwahrlosung, oder in langwierigen Krankheiten ihren Grund gehabt, und hierdurch der Angeschuldigte mehrere Jahre seines Lebens für seine Ausbildung gänzlich verloren haben sollte, wie dies namentlich bei der Epilepsie, als Entwickelungskrankheit, häufig der Fall ist. Hat indeß ein solcher Inculpat das 18te Lebensjahr noch nicht weit überschritten, so daß er bei Abrechnung der verlorenen Lebensjahre unter die Bestimmung des Art. 62 fallen würde, so dürfte dies wohl ein Fall sein, der sich zur Ausübung des dem Oberappellationsgerichte durch das Gesetz, die höheren Justizbehörden u. s. w. betr. v. 28. Januar 1835 §. 38 Nr. 7 gestatteten Rechtes, den Verbrecher zur Begnadigung zu empfehlen, qualificirte; denn bei einem solchen Verbrecher treten in der That, auch in Hinsicht auf die Entwickelung der moralischen Kraft, ganz die nehmlichen Rücksichten ein, wie bei einem, der das Alter von 18 Jahren noch nicht erreicht hat [1]).

Eine analogische Ausdehnung des im Art. 64 genannten Milderungsgrundes auf andere Zustände verminderter Zurechnung ist unzulässig; denn die Berücksichtigung derselben — außer bei der Abmessung der Strafe innerhalb des gesetzlichen Maximums und Minimums, — ist bei den ständischen Verhandlungen ausdrücklich verworfen worden [2]).

Als specielle Milderungsgründe sind außer den ganz singulären Verhältnissen, welche bei dem Ehebruche und

---

1) Wegen der Taubstummen s. unten S. 140.

2) Mittheilungen S. 433 ff. 2153 ff.

der Bigamie in Betracht kommen (Art. 213, 222), entschuldbarer Affect (Art. 123, 134) und thätliche Reue (Art. 84, 116, 178, 188) in dem Gesetzbuche genannt, welche daher auch bei anderen Verbrechen als Strafminderungsgründe innerhalb des Strafmaaßes vorzugsweise zu berücksichtigen sein werden. Besondere Wirksamkeit hat der zuletzt genannte Milderungsgrund bei den Verbrechen gegen das Eigenthum, welche aus Gewinnsucht begangen werden, insonderheit bei Diebstahl, Veruntrauung und Betrug, insofern sich die thätliche Reue durch freiwillige Entschädigung des Verletzten vor dem Einschreiten einer Behörde — worunter auch die in dem Gesetze vom 26. October 1834 Nr. XI erwähnten Handlungen der im Allgemeinen mit Ausübung polizeilicher oder gerichtlicher Functionen beauftragten Personen zu rechnen sind [1]) — kund gegeben hat. Hier bewirkt sie nehmlich bei *einfachen* Diebstählen, Veruntrauungen u. s. w. *Straflosigkeit* nach dem Maaße des geleisteten Ersatzes, bei *ausgezeichneten* Diebstählen u. s. w. Herabsetzung der Strafe auf ein Drittheil, jedoch ohne die Strafart zu verändern, und mit Ausnhme der Artt. 233, 234 gedachten Diebstähle, bei denen Gewalt concurrirt. Hier soll nehmlich wegen des außergerichtlichen Ersatzes, nicht etwa Straflosigkeit eintreten, sondern vielmehr auch die Milderung der Strafe wegfallen.

Es leidet keinen Zweifel, daß zufolge dieser Bestimmungen derjenige ganz straflos bleibt, der eine gemeine Veruntrauung verübt, und das veruntraute Geld, bevor

---

1) Erklärung der Regierung S. 6365 Sp. 1 und 2 der Mittheilungen.

noch das Verbrechen entdeckt, oder er deshalb zur Verantwortung gezogen wurde, wieder in die Casse gelegt hat. Hier noch zu untersuchen, ob ihn Reue über das begangene Verbrechen, oder Furcht vor Entdeckung dazu bestimmt habe, würde wohl ganz unpassend und erfolglos sein. Hieraus folgt aber, daß um so mehr derjenige straflos bleiben muß, der das Geld gleich mit der Absicht, es wieder in die Casse zu legen, aus derselben entnimmt, sofern er diese Absicht nur noch zeitig genug ausführt. Wie aber, wenn er nur durch einen ganz unvorherzusehenden Zufall an der Ausführung dieser seiner Absicht verhindert wurde? Soll er dann um dieses Zufalles willen der Strafe verfallen? Ich glaube nicht, vorausgesetzt nur, daß die Veruntrauung eine gemeine war, und die Nichtleistung des Ersatzes lediglich in einem unvorherzusehenden Zufalle ihren Grund hatte. Unter diesen Voraussetzungen wird man auch diese Meinung schwerlich unangemessen oder gefährlich finden können. Setzen wir, ein wohlhabender Mann, der eine Reise in eine fremde Stadt gemacht hat, wird beauftragt, einige Thaler Geld, die ein Dritter an dem Wohnorte des Reisenden schuldig ist, mitzunehmen und an den Gläubiger abzuliefern. Auf der Rückreise geräth er in Geldverlegenheit, und greift zu dem anvertrauten Gelde in der sicheren Aussicht, sofort nach seiner Zurückkunft, mit seinem Gelde, das er dort finden wird, das Fehlende zu restituiren [1]). Wie er aber nach Hause kommt, findet er zufällig, weil er bestohlen

---

1) Hierdurch wird nach der Fassung des Art. 242 und nach den derselben zum Grunde liegenden Motiven (Dep. Bericht der 1sten Kammer S. 138 vgl. mit S. 899 ff. der Mittheill.), wonach man jede Rücksicht auf die Absicht des Angeschuldigten ausschließen wollte, das Verbrechen der Veruntrauung begangen.

worden, oder abgebrannt ist, kein Geld im Hause, und bevor er dergleichen erlangen kann, denuncirt ihn der Gläubiger, an den er das Geld abzuliefern hatte. Soll nun ein solcher Mann, ungeachtet er alsbald Ersatz leistet, bestraft werden? Dies würde doch in der That an Barbarei grenzen; denn der Zufall kann Niemanden rechtlich imputirt werden. Nur wird sich mit obigen Argumentationen Niemand entschuldigen können, der sich in der ungewissen Aussicht, das Fehlende zu ersetzen, an anvertrautem Gelde vergreift. Man kann nun zwar gegen diese Argumentation einwenden, daß hier keine Reue stattgefunden habe. Allein Reue gehört wenigstens nicht zu den im Art. 65 wörtlich ausgedrückten Voraussetzungen, auch fällt sie hier bloß deshalb weg, weil es ganz an einem verbrecherischen Vorsatze fehlte, mithin es nichts zu bereuen gab. Bei ausgezeichneter Veruntrauung wird in den gleichen Fällen ein Drittheil der gesetzlichen Strafe stattfinden.

Es fragt sich hierbei, was unter ausgezeichneten Diebstählen rc. zu verstehen sei. Aus den Worten des Art. 65: „insofern diese Verbrechen nicht wegen erschwerender Umstände als ausgezeichnet zu betrachten sind", könnte man folgern, daß jeder Diebstahl für ausgezeichnet zu halten sei, bei welchem ein gesetzlich anerkannter erschwerender Umstand eintrete. Es würden dahin namentlich die im Art. 226 genannten Diebstähle, ferner die Fälle des Rückfalls und der Verleitung (Art. 61, 2) gehören, bei denen nach dieser Interpretation der außergerichtliche Ersatz nur eine Strafmilderung herbeiführen würde. Diese Interpretation läßt sich indeß nicht rechtfertigen, denn obige Worte scheinen bloß deshalb beigefügt zu sein, weil es auch Diebstähle giebt, die wegen mildernder Umstände ausgezeichnet sind, wie z. B. die Art. 237, 238

genannten. Da nun in den Capiteln vom Diebstahle und vom Betruge gewisse Arten dieser Verbrechen ausdrücklich unter die Ueberschrift „Ausgezeichnete Diebstähle, — Betrügereien" gestellt sind, so wird man sich auch bei der Interpretation des Art. 65 lediglich an diese Diebstähle und Betrügereien zu halten haben. Auch bei den ständischen Verhandlungen ist man von dieser Interpretation ausgegangen. So wurde nach S. 427 Sp. 2 der Mittheilungen ein Amendement in Vorschlag gebracht, wonach auch bei rückfälligen Dieben nur Milderung der Strafe wegen des außergerichtlichen Ersatzes eintreten sollte. Dieses Amendement ist jedoch leider durch den eigenthümlichen Gang der Verhandlungen über diesen Artikel gar nicht zur Discussion gekommen. Eben so ist man vielfältig von der Voraussetzung ausgegangen, daß auch Holzdiebstähle — welche den Art. 226 genannten gleichstehen — zu denen gehörten, bei welchen Straflosigkeit eintrete, indem man die Argumente gegen die Zweckmäßigkeit dieser Bestimmung grade von Holzdiebstählen entlehnte [1]).

Zweifelhaft scheint es, ob die im §. 6 des Forststrafgesetzes genannten erschwerenden Umstände den Holzdiebstahl zu einem ausgezeichneten im Sinne des Art. 65 machen. Diese Frage scheint aber bejaht werden zu müssen, da mehrere der im §. 6 des Forststrafgesetzes genannten Fälle denen ganz analog sind, welche nach Art. 227—232 zu den ausgezeichneten Diebstählen gerechnet werden, und da im §. 9 des Forststrafgesetzes jene Fälle dem „einfachen" Holzdiebstahle entgegengesetzt werden.

Bei der Veruntrauung ist der im Art. 243 erwähnte

1) Vgl. auch S. 6365 f. der Mittheilungen.

Fall als ausgezeichnet zu betrachten, wie schon die Beziehung auf Art. 230 beweist [1]).

Außer den im Art. 65 ausdrücklich, jedoch bloß beispielsweise genannten Verbrechen wird derselbe bei folgenden Verbrechen zur Anwendung kommen müssen:

1) bei Wilddiebstahl und Fischdiebstahl. (Art. 277, 278, 280, 282.) Als ausgezeichnete Form des Verbrechens ist hier zu betrachten, wenn das Wild in Wildgärten oder sonstigen eingeschlossenen Räumen, die Fische mittels Eröffnung verschlossener Fischkästen, oder mittels Ablassung von Teichen entwendet wurden (Art. 277, 282); ferner wenn sich der Wilddieb eines nach Art. 275 auf fremder Wildbahn zu führen verbotenen Gewehres bedient, oder den Wilddiebstahl gewerbmäßig betrieben hat (Art. 279);

2) gewinnsüchtige Verrückung der Grenzzeichen (Art. 284, 285), ungebührliche Anmaßung fremden Grundeigenthums (Art. 286) und widerrechtliche Benutzung einer fremden Sache (Art. 287), Verbrechen, bei denen unter den Voraussetzungen des Art. 65 stets Strafloſigkeit eintreten wird, da auch die im Art. 285 bezeichnete Grenzverrückung schwerlich als ein ausgezeichnetes Verbrechen im Sinne dieses Artikels betrachtet werden kann;

3) Wucher, da er unter die Eigenthumsverbrechen gestellt ist, und in gewinnsüchtiger Absicht verübt wird. Als ausgezeichnet könnte hier der betrügliche und der gewerbmäßige Wucher betrachtet werden. Allein da auch der betrügliche Wucher, welcher der härtesten Ahndung unter-

---

1) Vgl. auch Erklärung der Regierung S. 2165 Sp. 2 der Mittheilungen.

liegt, nur mit den Strafen des einfachen Betruges bedroht ist, so dürfte dies wohl schwerlich der Absicht des Gesetzgebers entsprechen. Endlich gehört hierher

4) jedenfalls die im Art. 166 unter 2 beschriebne Erpressung, da sie dem einfachen Diebstahle ganz gleichsteht. Der unter Nr. 1 dieses Artikels beschriebene Fall läßt sich als ausgezeichnete Erpressung betrachten; eine Strafmilderung wegen außergerichtlich geleisteten Ersatzes kann aber hier unmöglich stattfinden, da der Fall dem Raube gleichsteht, mithin noch schwerer ist, als die in den Artt. 233, 234 gedachten Fälle, wo diese Strafmilderung ausdrücklich ausgeschlossen ist. Ebensowenig dürfte Art. 65 auf den Meineid anzuwenden sein, selbst wenn demselben eine gewinnsüchtige Absicht zum Grunde liegt; denn derselbe ist mit Recht nicht zu den Eigenthumsverbrechen gezählt worden, auch findet sich bei ihm im Art. 188 zwar nicht für den Fall des reumüthigen Schadenersatzes, wohl aber für den des reumüthigen Widerrufes, bevor noch ein Nachtheil entstanden, eine besondere Bestimmung.

Endlich ist zu bemerken, daß im Art. 65 Entschädigung durch Rückgabe oder Werthserstattung vorausgesetzt wird. Es scheint demnach zur Anwendung des Artikels nicht zu genügen, wenn der Dieb, sei es auch aus wahrer Reue, mit dem Beschädigten ein Abkommen wegen zukünftiger Ersatzleistung, z. B. durch Abarbeiten, getroffen hat.

Wegen der Theilnahme an den im Art. 65 bezeichneten Verbrechen vgl. oben Abh. I S. 11.

XIII.

Von den Gründen, welche die Strafbarkeit ausschließen, oder tilgen.

(Zu Cap. VII.)

1) Im Allgemeinen.

Als Gründe, welche die Strafbarkeit ausschließen, nennt das Gesetz

a) Mangel der Zurechnungsfähigkeit (Art. 66—69),
b) Nothwehr (Art. 70, 71),
c) andere Nothfälle (Art. 72);

als Gründe, welche sie tilgen

a) die erlittene Strafe (Art. 73),
b) den Tod des Verbrechers (Art. 74),
c) die Zurücknahme der Anzeige bei den nicht ex officio zu untersuchenden Verbrechen (Art. 75),
d) die Verjährung (Art. 76—80).

Die erfolgte Lossprechung ist also nicht als Straftilgungsgrund genannt. Die besondere gesetzliche Bestimmung über die Wirkung lossprechender Erkenntnisse, welche nach dem Deputationsberichte der 1sten Kammer zu Art. 71 des Entw. (S. 81) in Aussicht gestellt wurde, ist zur Zeit noch nicht erfolgt, man wird also der Lossprechung, auch wenn sie eine vollständige war, eine straftilgende Kraft nicht beilegen können. Auch ist dies der bisherigen

sächsischen Praxis, und der Natur des deutschen Criminalprocesses gemäß, da es in dem letzteren überall auf materielle Wahrheit ankommt, und ebensowenig ein Verbrecher aus bloß formellen Gründen der Strafe entgehen, als ein Unschuldiger aus solchen Gründen bestraft werden soll. Auch liegt in dem lossprechenden Erkenntnisse schon nach den in Sachsen üblichen Lossprechungsformeln, welche durch die Verordnung vom 30. Juni 1832 fixirt worden sind, niemals der Ausspruch, daß der Verbrecher das fragliche Verbrechen nicht begangen habe, sondern immer nur, daß kein Beweis wider ihn vorhanden sei. Hieraus folgt aber bloß so viel, daß die Untersuchung wider ihn aus den bereits vorgelegenen Beweisgründen nicht wieder aufgenommen werden könne. Wohl aber kann dies auch nach völliger Lossprechung bei dem Hervortreten neuer Indicien geschehen, und wird dann von Neuem über seine Schuld erkannt, so werden hierbei allerdings auch die früher vorhanden gewesenen Anschuldigungsmomente von Neuem in Erwägung zu ziehen sein. Dies folgt ganz besonders aus dem Gesetze, einige Abänderungen in dem Verfahren in Untersuchungssachen betr. vom 30. März 1838 Nr. X; denn die richterliche Ueberzeugung, welche hiernach ausschließlich über Schuld oder Unschuld entscheiden soll, ist auf die „nach den Acten sich ergebenden Thatsachen" zu gründen, wobei keine Thatsache ausgeschlossen ist, die auf jene Ueberzeugung von Einfluß sein kann.

Auf eine Art der Lossprechung leidet indeß Obiges keine Anwendung, nehmlich auf die Lossprechung „gestalten Sachen nach." Eine langjährige Praxis hat nehmlich dieser Art der Lossprechung ausschließlich den Sinn beigelegt,

daß die dem Angeschuldigten beigemessene Handlung, obwohl erwiesen, doch den obwaltenden Umständen nach nicht strafbar, für kein Verbrechen zu achten sei (z. B. zufällige Tödtung, oder Tödtung durch einen so geringen Grad der culpa, welcher im Criminalrechte nicht in Betracht kommt, oder Tödtung im Stande der Nothwehr) [1]. Dieser Ausspruch muß nun, wie jeder andere (und selbst der Ausspruch, daß kein Beweis vorhanden sei), zu Gunsten des Inculpaten in Rechtskraft übergehen, und es kann mithin die Handlung, wegen welcher er gestalten Sachen nach freigesprochen worden ist, ihm nie wieder zum Verbrechen gemacht werden. Hierin liegt aber auch keine Tilgung der Strafbarkeit; denn diese setzt allemal eine an sich strafbare Handlung voraus. Wie aber, wenn sich späterhin Umstände ergeben, welche, wenn sie schon früher bekannt gewesen wären, der fraglichen Handlung einen andern, strafbaren Charakter gegeben haben würden? wenn sich z. B. ergiebt, daß der Inculpat, der wegen Tödtung eines von ihm nicht wahrgenommenen Menschen gestalten Sachen nach losgesprochen worden ist, jenen Menschen wirklich gesehn, und wohl gar mit Absicht getödtet habe? Ein solcher Fall kann nicht ohne ein Versehen des Richters vorkommen; denn liegt eine Handlung vor, die bei der Concurrenz gewisser, aber unerwiesener Umstände, strafbar sein kann, ohne diese Umstände aber straflos ist, so muß der Inculpat zugleich gestalten Sachen nach und im Mangel Verdachts freigesprochen werden,

---

1) Vgl. Siebdrat, über die Lossprechung „gestalten Sachen nach" in den criminalist. Jahrbüchern Bd. 1 H. 1 S. 111 ff.

und ist dies geschehen, so kann mit Hinsicht auf die letztere Art der Freisprechung nach Obigem die Untersuchung erneuert werden, sobald jene damals unerwiesenen Umstände erweislich werden. Ist nun in solchem Falle die Lossprechung bloß gestalten Sachen nach erfolgt, also in einer Weise, die eigentlich bloß für eine unter allen Umständen straflose Handlung paßt, so kommt es darauf an, ob man dem Inculpaten das Versehen des Richters zu Gute gehen läßt, oder nicht. Für erstere Meinung sprechen allerdings gewichtige Autoritäten [1]).

Aehnliche Rücksichten kommen bei der mit der obigen verwandten Lossprechungsformel: „daß wider den Inculpaten rügenmäßig nicht zu verfahren sei" oder „rügenmäßig nicht zu verfahren gewesen sei" [2]), in Betracht.

Unzurechnungsfähigkeit wird nach dem Criminalgesetzbuch angenommen

1) bei Kindern (unter 12 Jahren) (Art. 66),

2) bei mangelndem Vernunftgebrauche (Art. 67),

3) bei Irrthum (Art. 68),

4) bei mangelnder Freiheit (Art. 70); worunter der Fall zu verstehen ist, wenn Jemand „durch unwiderstehliche körperliche Gewalt oder durch Drohungen, die mit gegenwärtiger unabwendbarer Gefahr für Leib oder Leben verbunden sind, oder durch begründete Besorgniß solcher Gefahren" zu einer an sich verbrecherischen Handlung oder Unterlassung genöthigt wurde. Daß hierbei nicht bloß an Gefahr für das eigne Leben und den eignen

---

1) Klien, comment. de auctoritate sententiae criminalis absolutoriae inviolabili. Lips. 1828.

2) Vgl. über diese Formeln Siebdrat a. a. O.

Leib., sondern auch an dergleichen Gefahr für Andre zu denken sei, ergiebt sich aus der von Seiten der Regierung in den Deputationen beider Kammern gegebnen Erklärung (Dep. Ber. der 1sten Kammer S. 79 und der 2ten Kammer S. 64), wobei sich letztere beruhigt haben, die mithin als eine authentische Interpretation des Gesetzes zu betrachten ist [1]). Unter welchen Umständen nun Gefahr für einen Dritten einen so wichtigen Bestimmungsgrund für den Handelnden abgeben könne, daß dadurch selbst ein Verbrechen entschuldigt werde, wird von dem Richter nach den besonderen Umständen jedes Falles sorgfältig abzuwägen sein. Es wird dabei die Größe und Nähe der Gefahr, die Art des verübten Verbrechens, das Verhältniß zu dem Bedrohten in Betracht kommen müssen. Doch braucht letzteres grade nicht ein verwandtschaftliches zu sein [2]).

Unter dem Begriffe des Irrthumes (Art. 68) ist die ignorantia legis nach der Fassung des Art. 68 weder ausdrücklich mit inbegriffen, noch davon ausdrücklich ausgeschlossen. Ich begnüge mich, in dieser Beziehung das anzuführen, was der Dep. Bericht der 1sten Kammer hierüber enthält. Es heißt nehmlich daselbst S. 78:

Der Unkenntniß des Strafgesetzes (ignorantia legis) gedenkt der Entwurf gar nicht, obgleich allerdings, insbesondere bei Vergehen, die nicht dem natürlichen Rechtsgefühle widersprechen, Fälle denkbar sind, wo bei nachgewiesener Unmöglichkeit der Kenntniß des Gesetzes eine Berücksichtigung angemessen erscheint.

---

1) Vgl. auch Mittheilungen S. 435.

2) Dep. Bericht der 2ten Kammer a. a. O. Vgl. dazu Günther a. a. O. S. 50.

Die Deputation glaubt indessen eines desfallsigen Antrages sich enthalten zu können, weil schon durch die allgemeine Fassung des §. 5 des Gesetzes über Publication der Gesetze und Verordnungen vom 6. Sept. 1834 (G. S. S. 190) der Sache prospicirt zu sein scheint. Die Ständeversammlung beantragte nehmlich in der ständischen Schrift vom 18. November 1833 (L. A. 1. Abth. 3. Bd. S. 328) ausdrücklich den Wegfall eines jede Exception ex ignorantia legis abschneidenden Zusatzes und Vertauschung desselben gegen die nunmehrige gesetzliche Disposition, um dadurch die gemeinrechtlichen Grundsätze über Publication der Gesetze nicht zu alteriren; so daß dieselben, da hier keine entgegengesetzte Disposition eingeschlossen ist, auch in Bezug auf das Criminalgesetzbuch als unangetastet betrachtet werden müssen.

Ein ausdrücklicher desfallsiger Zusatz schien der Deputation aus dem an eben jener Stelle der ständischen Schrift angegebenen Grunde (befürchteter Mißbrauch) bedenklich.

Bei den Kammerverhandlungen ist dieser Punkt nicht weiter zur Sprache gekommen.

Unter den Mangel des Vernunftgebrauches rechnet das GB. drei Fälle, nehmlich

a) Seelenkrankheit; wobei jedoch die Voraussetzung, daß dadurch der Gebrauch der Vernunft geraubt sei, wiederholt ist. Hierdurch scheint angedeutet werden zu sollen, daß Seelenkrankheiten, welche den Vernunftgebrauch nicht völlig aufheben (Melancholie, partieller Wahnsinn u. dgl.), keineswegs als Strafausschließungsgründe, sondern nur als Strafminderungsgründe (s. die vor. Abh.) in Betracht

zu ziehn seien. Es wird jedoch allemal auf die besondern Umstände und insonderheit bei partiellem Wahnsinn darauf ankommen, ob das Verbrechen mit dem Irrwahne in einer besonderen Beziehung steht, oder nicht.

b) Taubstummheit, wenn sie angeboren, oder in der Kindheit entstanden, und der Taubstumme ohne Unterricht geblieben ist. Unter Unterricht kann hier wohl nur ein schulmäßiger, wie er in Taubstummeninstituten ertheilt wird, nicht aber Unterweisung in einzelen Künsten und Fertigkeiten verstanden werden. Hat der Taubstumme solchen Unterricht bereits genossen, ohne jedoch demselben völlig entwachsen zu sein, so scheint dies nach Analogie von Art. 62 wenigstens als Milderungsgrund in Betracht kommen zu müssen.

c) Völlige Bewußtlosigkeit. Daß in dem Zustande völliger Bewußtlosigkeit — z. B. auch totaler Betrunkenheit — ein Verbrechen schwerlich begangen werden könne, ist auch von Seiten der Regierung bei den Verhandlungen über diesen Artikel ausdrücklich anerkannt worden [1]). Dies gilt auch von dem im Art. 67 besonders erwähnten Falle, wo sich Jemand absichtlich in den Zustand völliger Bewußtlosigkeit versetzt hat, um in demselben ein vorher beschlossenes Verbrechen zu verüben; denn die Ausführung des Verbrechens würde ja eine fortdauernde Einwirkung des vorher gefaßten Entschlusses auf den Willen des Verbrechers voraussetzen, und diese ist ohne fortdauerndes Bewußtsein völlig undenkbar, man müßte denn bloß solche Verbrechen im Sinne haben, die lediglich in einer Unterlassung bestehen. Gleichwohl ist der in beiden Kam-

1) Mittheilungen S. 2167.

mern zur Sprache gekommene Antrag, daß bei nicht völlig aufgehobenem Bewußtsein Strafmilderung eintreten möge, von der Regierung lebhaft bestritten, und endlich in beiden Kammern verworfen worden. Auch die Theorie, daß in selbstverschuldeter Trunkenheit verübte Verbrechen als culpose zu bestrafen seien, wurde auf den Einhalt, daß hier entweder Unzurechnungsfähigkeit, oder dolus, mindestens eventualis vorhanden sei, ausdrücklich gemißbilligt [1]). Aus dem Allen scheint aber hervorzugehn, daß man den Begriff der völligen Bewußtlosigkeit keineswegs mit logischer Schärfe festzuhalten habe; denn unmöglich kann man annehmen, daß das Gesetz über undenkbare Fälle habe disponiren wollen. Die Absicht ging dahin, zu vermeiden, daß nicht, wenn man gestörtes Bewußtsein zu einem Milderungsgrunde erhebe, dieser Milderungsgrund das Strafsystem des Gesetzbuches ganz über den Haufen werfe. Denn so schwer es ist, die Grenze zu ziehen, wo gestörtes Bewußtsein in völlige Bewußtlosigkeit übergeht, eben so schwer, und noch schwerer ist es, zu bestimmen, wo zwischen dem gestörten, und dem völlig ungestörten Bewußtsein die Grenze sei. Jeder Affect, jede Leidenschaft und Gemüthsbewegung läßt sich als ein Zustand gestörten Bewußtseins betrachten. Es wird also bloß darauf ankommen, ob eine so bedeutende Störung des Bewußtseins vorhanden sei, daß der Richter sich nach pflichtmäßigem Ermessen getraut, völlige Straflosigkeit auszusprechen, oder nicht. Es findet hier ein ähnliches Verhältniß statt, wie zwischen Wahrscheinlichkeit und Gewißheit. So gewiß diese Begriffe logisch einander

1) Dep. Bericht der 1. Kammer S. 77. Mitth. S. 2167 f.

entgegengesetzt sind, und so richtig im Allgemeinen der Satz ist, daß Niemand auf den Grund bloßer Wahrscheinlichkeit verurtheilt werden soll, sondern nur bei vorhandener Gewißheit, so kann doch auch hierbei von einer absoluten Gewißheit nicht die Rede sein, sondern nur von einem so hohen Grade der Wahrscheinlichkeit, der für die richterliche Ueberzeugung zur Gewißheit wird [1]). Ich zweifle daher z. B. nicht, daß ein Schlaftrunkner nach Umständen wegen in diesem Zustande verübter Verbrechen ganz straflos gelassen werden könne, obwohl Schlaftrunkenheit schon ihrer Natur nach ein Uebergang aus dem Zustande der Bewußtlosigkeit (im Schlafe) in den des Bewußtseins (im Wachen) ist.

In Beziehung auf Nothwehr und Nothstand bemerke ich nur, daß, ob im Sinne des Art. 70 Gefahr vorhanden gewesen sei, natürlich nur nach den dem Angegriffenen bekannten Umständen zu beurtheilen ist, wodurch der von der 1sten Kammer anfänglich angenommene, von der 2ten verworfene Zusatz zu diesem Artikel [2]) sich erledigt, und daß, wenn im Art. 72 ein unverschuldeter Nothstand vorausgesetzt wird, hierbei an ein specielles Verschulden zu denken sei [3]), obwohl es überhaupt hart scheint, bei dem Vorhandensein eines wirklichen Nothstandes ein Gewicht darauf zu legen, ob er unverschuldet war, oder nicht. Wenn ich, sei es auch aus Unvorsichtig-

1) Vgl. meine Abhandl. in den criminal. Jahrbüchern Bd. 1 H. 1 S. 62 ff.

2) Vgl. Mittheil. S. 437 ff. 2170 ff. und Günther a. a. O. S. 52.

3) Vgl. Dep. Bericht der 1. Kammer S. 80 und Mittheil. S. 441 und 2172 Sp. 2.

keit, oder bei Verübung eines Fischdiebstahles, ins Wasser gefallen bin, so greife ich nach dem vorüberfahrenden Kahne; schlägt dieser dann um, und verliert dadurch Jemand das Leben, so ist es gewiß hart, mich noch wegen culposer Tödtung zu strafen. Wahrscheinlich hat man durch das Wort „unverschuldet" eigentlich nur **vorgebliche** Nothstände auszuschließen beabsichtigt. So befindet sich z. B. der Räuber, der von den Dienern der Justiz verfolgt wird, nie in einem Nothstande; denn es wäre seine Pflicht, sich freiwillig zur Strafe zu stellen.

2) Insbesondere von der Verjährung.

An die Stelle der bisherigen dreifachen Verjährungsfrist des sächs. Criminalrechts von 1, 5 und 20 Jahren setzt das C. G. B. eine zweifache, nehmlich:

1) von Einem Jahre, für alle Vergehungen, welche nicht von Amtswegen, sondern nur auf den Antrag einer dabei betheiligten Person oder Behörde zur Untersuchung gezogen werden;

2) von Funfzehn Jahren für alle übrigen Verbrechen, welche überhaupt einer Verjährung unterliegen.

Unverjährbar sind die Verbrechen, welche mit Todesstrafe, oder **unbedingt** mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht sind. Der Entwurf des Gesetzbuches sprach hier bloß von todeswürdigen Verbrechen, und der Zusatz wegen der unbedingt mit Zuchthausstrafe bedrohten beruht auf einem Vorschlage der Deputation der 1sten Kammer (Bericht S. 83). Aus den Motiven zu diesem Vorschlage ergiebt sich zugleich, daß man sich dabei als Gegensatz keineswegs solche Verbrechen gedacht habe, für deren

verschiedene Grade verschiedene Strafdrohungen vorhanden sind, und welche im höheren Grade mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht sind, sondern nur solche Verbrechen, wo in einer und derselben Strafdrohung dem Richter die Wahl zwischen zeitlicher Freiheitsstrafe und lebenslänglicher Zuchthausstrafe gelassen ist, wie z. B. Verschwörung Art. 83, Staatsverrath Art. 87, Körperverletzung eines Gliedes der Familie des Staatsoberhauptes Art. 100 u. a. mehr. Hiernach ist also z. B. das Verbrechen der Brandstiftung nur in seinen schwereren, Art. 171 und 172 benannten Formen unverjährbar, in den Artt. 173, 174, 175 bezeichneten Fällen aber verjährbar. Welche Form des Verbrechens vorliege, wird freilich oft ohne vorgängige Untersuchung nicht zu beurtheilen sein, und um dieser Beurtheilung willen wird es daher oft nöthig werden, wegen eines anscheinend verjährten Verbrechens noch die Untersuchung einzuleiten, was außerdem nach den Worten des Art. 76: „Durch den Ablauf der in dem folgenden Artikel angegebenen Fristen wird sowohl die Untersuchung eines Verbrechens, als auch die bereits erkannte Strafe (eine ebenfalls neue Disposition) aufgehoben", unzulässig scheint.

Andere unverjährbare Verbrechen sind:

Hochverrath und Bundesverrath nach Art. 81, 82;

Thätliche Beleidigung des Staatsoberhauptes (also auch des Regierungsverwesers) nach Art. 97;

Mord nach Art. 121 (nicht aber Todtschlag und Kindesmord Art. 123, 126);

Raub in den schwersten Fällen des Art. 163 unter 1 und 2;

Meineid, wenn in dessen Folge ein Todesurtheil wirklich vollstreckt worden ist. Art. 185.

Die Verbrechen, welche nur auf Antrag des Betheiligten — insofern derselbe nicht zurückgenommen wird (Art. 75) — zu bestrafen sind, und bei denen daher die einjährige Verjährungsfrist zur Anwendung kommt, sind bereits von Günther a. a. O. S. 55 zusammengestellt worden. Es sind daher hier bloß nachträglich noch Hausfriedensbruch (Art. 119) und bösliche Verlassung (Art. 216) zu erwähnen. Nicht aber gehören hierher die im zweiten Capitel erwähnten Verbrechen. Sie sind, als mittelbare Verbrechen gegen den Staat, ex officio zu bestrafen, nur daß dem Staatsoberhaupte zuvor Gelegenheit gegeben werden soll, von dem Begnadigungsrechte Gebrauch zu machen. Art. 104 führt daher auch nicht, wie Art. 135, 154 und andere, die Ueberschrift: „Beschränkung des richterlichen Verfahrens", sondern: „Vorschrift wegen des Verfahrens." Auch hat der Richter ex officio die unverschiebbaren Schritte zu thun.

Bei den nur auf den Antrag des Betheiligten zu bestrafenden Verbrechen beginnt die einjährige Verjährungsfrist mit der Zeit, wo die zur Anzeige berechtigte Person oder Behörde von dem Vergehen in Kenntniß gesetzt wird, insofern nicht bis zur Zeit der gerichtlichen Anzeige bereits die 15jährige Frist abgelaufen ist. Nach bereits begonnener Untersuchung beginnt sie von der letzten gerichtlichen Handlung gegen den Verbrecher (vgl. Art. 79), oder von der letzten bei dem Gericht bewirkten Anregung von Seiten des zur Anzeige Berechtigten.

Die 15jährige Verjährungsfrist dagegen beginnt von dem Augenblicke der begangenen (consummirten) That,

bei fortdauernden Verbrechen vom Aufhören derselben, und wenn die Untersuchung bereits eingeleitet war, von der letzten gerichtlichen Handlung gegen den Verbrecher.

Wegen der fortdauernden Verbrechen ist hier zu verweisen auf dasjenige, was oben (Abh. IX S. 89 ff.) über den Begriff des fortgesetzten Verbrechens bemerkt wurde, da wohl beide Begriffe nicht von einander verschieden sein sollen. Es ist dadurch ein wichtiger Zweifel des früheren Rechtes beseitigt, indem der Vf. sich eines Falles erinnert, wo ein Inculpat, der noch gegenwärtig in einer bigamischen Ehe lebte, wegen dieser Bigamie straflos gelassen wurde, weil seit Eingehung der Ehe die Verjährungszeit abgelaufen war.

Die Unterbrechung der Verjährung muß durch dieselben Handlungen erfolgen, von denen an die Verjährungsfrist nach bereits eingeleiteter Untersuchung wieder zu laufen beginnt (Art. 79).

Welchen Einfluß die Verjährungsfrist auf den Rückfall habe, s. oben Abh. XI S. 111.

XIV.

Nachträge.

Zu Nr. II.

Das Wort Strafschärfung in der Bedeutung von Straferhöhung (S. 17) findet sich auch in dem Zollstrafgesetze vom 3. April 1838 §. 19: „Die oben festgesetzten Strafen — sind um die Hälfte zu schärfen, wenn" 2c.

Nach Groß Anmerkungen S. 107 zu Art. 7 scheint die Absicht zu sein, daß die Verschärfungen der Hungerkost und des harten Lagers (S. 21) nie einen Tag um den andern, sondern immer zwei Tage hintereinander stattfinden, und erst am dritten Tage eine Unterbrechung eintreten, diese jedoch auch nie länger als einen Tag dauern solle.

Zu Nr. III.

S. 26. Z. 8 v. u. ist das Wort „wohl" zu streichen und die Beziehung auf die Motive zum Gesetzentwurf S. 96 Nr. VI am Ende hinzuzufügen.

Bei den alternativen (Geld- oder Gefängniß-) Strafen war es nach der früheren Praxis dem erkennenden Richter, auch wenn er vom Untersuchungsrichter

verschieden war, gestattet, ausschließlich auf Gefängnißstrafe zu erkennen, was besonders da angewendet wurde, wo erschwerende Umstände eintraten, die nicht grade eine Erhöhung der Strafe erfoderlich machten, doch aber eine Geldstrafe als unangemessen erscheinen ließen. Diese Befugniß scheint nach dem C. G. B. wegzufallen, da im Art. 20 für den Fall, daß das Erkenntniß von einer anderen Behörde, als dem Untersuchungsrichter gefällt wird, sowohl für die Erkenntnisse auf Geld- oder Gefängnißstrafe, als auch für die Erkenntnisse auf Gefängniß oder Handarbeit (wo auch nach älterem Rechte, sofern überhaupt Handarbeit zulässig war, stets alternativ erkannt wurde) disponirt ist:

„so ist alternativ — zu erkennen."

Mit dieser Fassung stimmt auch die der meisten speciellen Dispositionen, bei denen alternative Strafe angeordnet ist (Art. 47, 107, 117, 119 1, 132 1, 144, 156, 182, 187, 188, 194, 195, 204, 241, 252, 267, 273, 275, 284, 287, 310, 323, 324, 325) überein. Bei anderen Artikeln ist eine facultative Fassung gewählt (Art. 138, 170, 198, 245, 288), allein nirgends ist gesagt: „es kann alternativ auf Geld oder Gefängniß", sondern überall nur: „es kann statt des Gefängnisses auf Geld" erkannt werden, was, wenn man es wörtlich auf den von dem Untersuchungsrichter verschiedenen Urthelsverfasser beziehen wollte, ihm sogar die Befugniß ertheilen würde, in dergleichen Fällen lediglich die Geldstrafe zu wählen, eine Befugniß, die mit den Dispositionen des 20. Artikels, abgesehen von den darin

speciell hervorgehobenen Ausnahmefällen, in directem Widerspruche stehen würde.“

S. 32 Z. 3 ist statt Gefängnißstrafe Geldstrafe zu lesen.

Nach Groß a. a. O. S. 114 zu Art. 20 geht die Absicht der Regierung dahin, daß, wenn von dem Unterrichter Geld= statt der Gefängnißstrafe gewählt wird, nicht nur diese Wahl, sondern auch der Satz der erwählten Geldstrafe dem Inculpaten gleich bei der Publication des Erkenntnisses bekannt gemacht werde (vgl. oben S. 32).

Zur Bestätigung der Schlußbemerkung S. 43 ist auf die Anmerkung von Groß zu dem Art. 55 S. 123 zu verweisen.

Zu Nr. IV.

Nach Groß zu Art. 65 S. 126 ist dieser Artikel unter die Ausnahmen, bei denen auf Freiheitsstrafen von kürzerer als der im Art. 17 bestimmten kürzesten Dauer erkannt werden dürfe, nicht zu rechnen, „da dießhalb eine ausdrückliche Vorschrift nicht gegeben ist“; ein neuer Beweis übrigens, daß auch bei Art. 233 und 240 das Herabgehen unter das Art. 17 bestimmte Minimum wenigstens nicht in der Absicht des Verfassers des Gesetzentwurfs und der Regierung gelegen habe. (Vgl. S. 41.)

S. 44 Z. 13 ist statt der Zahl 237 die Zahl 234 und S. 46 und 47 überall statt 232 die Zahl 223 zu lesen.

S. 46 Not. 2 auf der vorletzten Zeile sind die Worte: „12 Wochen, oder" zu streichen.

Zu Nr. VIII.

Daß das Wort „Ausführung" des Verbrechens in der S. 75 und 82 angenommenen weiteren Bedeutung dem Gesetzbuch nicht fremd sei, beweist Art. 29, wo Handlungen, durch welche die Ausführung eines Verbrechens angefangen wird, als die Grenze zwischen dem Begriffe des Versuchs und der Vorbereitung des Verbrechens bezeichnet werden.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Krug, August Otto,

Studien zur Vorbereitung einer gründlichen Auslegung und richtigen Anwendung des Criminalgesetzbuches für das Königreich Sachsen vom Jahre 1838
Bd.: 1

Leipzig 1838
Crim. 158 f-1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10394874-7